



Pámela Carolina Teixeira Silva

**Limites à incriminação na Pornografia de Menores:
A tutela da liberdade de criação artística**

Dissertação com vista à obtenção do
grau de Mestre em Direito, na
especialidade de Direito Forense e
Arbitragem

Orientadora:

Doutora Inês Ferreira Leite, Professora da Faculdade de Direito da
Universidade de Lisboa

Março de 2017



Pámela Carolina Teixeira Silva

**Limites à incriminação na Pornografia de Menores:
A tutela da liberdade de criação artística**

Dissertação com vista à obtenção do
grau de Mestre em Direito, na
especialidade de Direito Forense e
Arbitragem

Orientadora:

Doutora Inês Ferreira Leite, Professora da Faculdade de Direito da
Universidade de Lisboa

Março de 2017

Declaração de compromisso e anti plágio

Declaro por minha honra que o trabalho que apresento é original e que todas as minhas citações estão corretamente identificadas. Tenho consciência de que a utilização de elementos alheios não identificados constitui uma grave falta ética e disciplinar.

Lisboa, 03 de Março de 2017

Pámela Carolina Teixeira Silva

Aos meus pais e aos meus irmãos com amor...
Ao André Teixeira que será sempre lembrado com orgulho.

Agradecimentos

Um especial agradecimento à minha orientadora, Professora Doutora Inês Ferreira Leite, por gentilmente ter aceite orientar este trabalho, pela atenção, conhecimento e tempo dedicado.

Ao Doutor Carlos Pinto de Abreu pela preciosa ajuda na escolha do tema, pelo material fornecido, pelos conselhos e toda a disponibilidade prestada. Um sincero obrigado.

À minha família que sempre acreditou em mim. Em especial aos meus pais, Sérgio Silva e Susana Melo, por todo o apoio, incentivo, compreensão, valores e carinho não só ao longo destes meses como em toda a minha vida. Aos meus irmãos a quem muito devo por todo este amor incondicional e toda a felicidade que ultrapassa oceanos. Sem vocês eu não me sentiria tão útil e tão amada.

A dois amigos especiais, José Melo e Eduarda Vieira pelas palavras nos momentos de desespero. Um eterno agradecimento ao “Zé”, sem ti este trabalho não existiria.

Aos meus melhores amigos, Bernardo Matos e Margarida Machado de Araújo que mais que amigos têm sido como uma verdadeira família. Vocês são sem dúvida a minha estabilidade quando estou longe de casa.

À Diana e à Inês, por todas as horas de trabalho juntas, pelas conversas tardias, pelo apoio e tranquilidade que transmitiram nas horas difíceis, resumidamente pela amizade verdadeira que me proporcionaram, vocês são um motivo de orgulho. À Rosália, à Joana Reis e ao Carlos por todos estes anos ao meu lado.

Agradeço por fim, a todos aqueles que direta ou indiretamente contribuíram para a realização deste trabalho.

Menções iniciais

A) Modo de citar:

1. Livros: Nome do autor, Título da obra, Ano e Página
2. Teses: Nome do autor, Título da tese, Instituição de ensino superior, Cidade, Ano e Página
3. Jurisprudência: Tribunal, Número do processo, Data, Retalor (a)
4. Documentos On-line: Citação do site de onde foi retirado

B) Acordo ortográfico:

O presente trabalho foi escrito ao abrigo do novo acordo ortográfico, aprovado nos termos da Resolução da Assembleia da República nº 35/2008, publicada na 1ª Série do Diário da República, de 29 de Julho de 2008. Excecionam-se as citações dos autores e da jurisprudência.

C) Traduções:

Por opção pessoal e no intuito de preservar a autenticidade dos autores aqui citados iremos manter as transcrições de autores e leis estrangeiras na língua dessas.

D) Caracteres:

O corpo do presente trabalho ocupa, incluindo espaços e notas de rodapé, um total de 181 474 caracteres.

Abreviaturas

Al. – Alínea

Art.º – Artigo

BJ – Bem jurídico

Cap. – Capítulo

CP – Código Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

DP – Direito Penal

EUA – Estados Unidos da América

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TC – Tribunal Constitucional

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRE – Tribunal da Relação de Évora

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

RESUMO: A pornografia de menores é um crime de que muito se ouve falar no dia a dia, em grande medida, devido ao fácil acesso a esse tipo de material que a internet propicia. Não há dúvida de que estando em causa menores, o código penal deve intervir na proteção do bem jurídico destes, diferentemente do que acontece com a pornografia de adultos que em Portugal é legal. Mas então, poder-se-á falar de autodeterminação para a prática destes atos de menores de 14 anos? Terão estas crianças liberdade sexual para se autodeterminarem neste âmbito? E ao menor de 16 anos, poderemos atribuir validade ao consentimento que tenha prestado? Por outro lado, aquele que visualiza material pornográfico de menores on-line ou aquele que detém o mesmo material sem intenção de divulgar, exportar, distribuir (...) a terceiros, serão merecedores de tutela penal? Nos casos de representação realista de menores, onde não existe imagens de crianças reais, não será desproporcional restringir o direito à liberdade de criação artística por uma punição onde o direito penal extravasa o seu objetivo de ultima ratio? O presente trabalho visa responder a todas estas questões, através da análise dos limites à incriminação do crime supramencionado. O objetivo da dissertação, é explorar a estrutura atual do regime jurídico português em torno destas questões. Através da análise de jurisprudência e de um estudo doutrinário, pretende-se discutir estas questões tomando uma posição final.

PALAVRAS-CHAVE: Pornografia de menores, Bem jurídico, Consentimento, Validade, Consumo, Arte, Liberdade de criação artística, Restrição de um direito fundamental

ABSTRACT: The minor pornography is a very visible and current crime, mainly due to the easy access to this kind of contents available in the Internet. There is no doubt that being a matter of minors at risk, the Criminal Code must intervene assuring their legal good, opposite of what happens with the adult pornography that is legal in Portugal. But, could we refer to self-determination regarding the practice of these acts by 14 years old minors? Do these children have the sexual freedom in order to be self-determined on this field? And what about the 16 years minors, could we acknowledge validity to their consent? On the other hand, the one who views on-line minor pornographic contents or the one that holds the same footage with no intention of disclosing, export, distribute (...) to a third party, should they be subjected to criminal prosecution? In the cases of a minor realistic representation, where there is no images of real children, is it not disproportionate to restrict the right to freedom of artistic creation by a penalty where the criminal law overflows on its main objective of "ultima ratio". The main purpose of this essay is to find answers to all of these matters, through the detailed analysis of the limits of the incrimination of the above mentioned crime. The objective of the thesis is to explore the actual legal frame structure regarding these matters. Through the jurisprudence analysis and of a doctrinal study, I allocate myself to discuss these subjects, having taken a final acquaintance.

KEYWORDS: Minor pornography, Legal good, Consent, Validity, Consumption, Art, Freedom of Artistic creation, restriction of a fundamental right.

“Dedica-se a esperar o futuro apenas quem não sabe viver o presente.”

Sêneca

Introdução

O uso da telemática¹ e da internet enquanto sistema informático, invade de forma significativa todos os sectores da vida em sociedade, criando uma dependência do ser humano em relação a esta, seja pela facilidade de acesso a informação, seja pelo impacto positivo na economia, pela forma de divertimento que proporciona etc...

Hoje, pode dizer-se que vivemos numa sociedade completamente desenvolvida e caracterizada por sucessivos avanços tecnológicos, que, embora contribuam positivamente para a comunidade, também possuem riscos e perigos, considerados como aspetos negativos para o ser humano enquanto elemento integrante de uma comunidade. Nessa medida, através da facilidade de divulgação de conteúdos que a internet proporciona podemos identificar, de modo exemplificativo, o desenvolvimento dos mais variados tipos de atividades de âmbito cultural, social, financeiro ou comercial, facilitadores da vivência humana. Mas nem tudo é positivo, visto que a tecnologia também facilita a prática de atividades consideradas delituosas, isto é, embora a criminalidade já existisse antes de toda a tecnologia que se tem desenvolvido, com a sua evolução e com o surgimento da internet permitiu-se não só a facilidade à prática de crimes tradicionais como também o surgimento de novos crimes.

A criação das máquinas fotográficas, máquinas de filmar, telemóveis ou mesmo o surgimento da internet contribuiu e continua a contribuir para a prática de condutas que atentam contra os direitos do ser humano, contra a proteção dos seus bens jurídicos, tornando fácil o acesso a imagens, vídeos e informações que ofendem não só a dignidade como a honra, a imagem e a intimidade.

¹ Telemática é o conjunto de tecnologias da informação e da comunicação resultante da junção entre os recursos das telecomunicações (telefonía, satélite, cabo, fibras óticas etc.) e da informática (computadores, periféricos, softwares e sistemas de redes), que possibilitou o processamento, a compressão, o armazenamento e a comunicação de grandes quantidades de dados (nos formatos texto, imagem e som), em curto prazo de tempo, entre usuários localizados em qualquer ponto do Planeta.

Não foi com o surgimento da internet que o crime de pornografia de menores surgiu. Pelo contrário, este crime já existia, no entanto não se pode deixar de notar que foi através da internet que a pornografia infantil construiu uma indústria milionária, tornando-se um negócio fácil e barato devido à facilidade de acesso a imagens e vídeos de teor pornográfico e pela facilidade de divulgação desse tipo de material, onde reina um secretismo quase absoluto, tornando-se muitas vezes quase impossível, ou mesmo, impossível identificar o agente que pratica o crime em causa. É assim legítimo afirmar-se que a Internet facilita a prática de atos que ofendem a liberdade e a autodeterminação sexual do menor.

Neste sentido, pretende-se no presente trabalho desenvolver a análise do crime de pornografia de menores que tem vindo a recrudescer.

Numa primeira análise importa compreender o conceito de pornografia de menores. Especial atenção será dedicada à qualificação do bem jurídico presente no crime mencionado e à qualificação do crime, pois só a partir destes elementos se poderá discutir alguns temas de grande controvérsia, tais como: a validade do consentimento prestado pelo menor para a prática de atos considerados pornográficos ou a tipicidade e ilicitude do consumo de material pornográfico para auto-satisfação pessoal. O consumo de pornografia de menores deve ser punido mesmo que não cause qualquer perigo para o bem jurídico da criança que se afigure nas imagens, por exemplo? Estará o consumo associado ao abuso sexual de menores e por isso deve ser punido pela perigosidade que intrinsecamente acarreta?

Numa segunda fase será muito importante delimitar o âmbito da pornografia de menores onde se visualize imagens com representação realista de menores, o conceito de arte e por fim, o conceito de liberdade de criação artística para discutir a punibilidade de algumas vertentes do crime em análise. A fronteira entre a imagem pornográfica e a imagem erótica enquanto arte será o enfoque na defesa da descriminalização da produção de material pornográfico com este tipo de imagens onde não é identificável uma pessoa real. Assim, a banda desenhada que represente menores em posições pornográficas, mas que seja única e exclusivamente fruto da imaginação deverá considerada como liberdade artística ou pornografia de menores?

Não existindo a violação da dignidade poderá restringir-se o direito à liberdade de criação artística enquanto direito constitucionalmente protegido?

É, precisamente, a estas e outras perguntas que se pretende responder e à análise de temas controversos em torno do crime em epígrafe, desvalorizando de alguma forma, a moralidade e os bons costumes, visionando o problema de forma crítica e racional.

I. Evolução do Código Penal em matéria de crimes sexuais contra menores e o surgimento do crime de pornografia de menores

Foi com a revisão do Código Penal de 2007, que o crime de pornografia de menores foi autonomizado e caracterizado, deixando de integrar o crime de abuso sexual de menores, previsto pelo artigo 172º e depois pelo 171º do CP, passando, hoje, a integrar o art.º 176º do CP. A doutrina tem vindo a dividir-se na qualificação do bem jurídico em causa, logo, para melhor compreender as posições tomadas entre liberdade sexual e autodeterminação sexual do menor importa relembrar a evolução do CP Português em matéria de criminalidade sexual.

Inicialmente, o CP de 1852 e 1886, inseria os crimes sexuais no capítulo “Dos crimes contra a honestidade”, sendo que as incriminações nesta matéria geravam em torno da moralidade, dos bons costumes, do pudor público, da honestidade e da virgindade² e incriminava-se os atos imorais que não atentavam em concreto a liberdade sexual do ser humano. Nos termos do art.º 27º do CP de 1886 “a responsabilidade criminal consiste na obrigação de reparar o dano causado na ordem moral da sociedade”³, levando a concluir-se que o CP de 1886 protegia o bem jurídico supra-individual da moral social sexual⁴.

Posteriormente, no código de 1982, foi abandonada a denominação de crimes contra os costumes, que se vinha mantendo desde o Anteprojeto de Eduardo Correia, passando os mesmos a serem regulados no capítulo I como “Dos crimes contra os fundamentos ético-sociais da vida social”, e no título III como “Dos crimes contra valores e interesses da sociedade”⁵. Como se pode verificar, a tutela do bem jurídico

² Neste sentido Ana Rita Alfaiate, “A relevância penal da sexualidade dos menores”, 2009, pág. 26 e Maria Beatriz Pacheco, “O crime de atos sexuais com adolescentes, reflexões críticas em torno do conceito de abuso da in experiência da vítima”, FDUCP, Porto, 2012, pág. 16

³ Maria João Antunes, “Crimes contra menores: incriminações para além da liberdade e da autodeterminação sexual”, in BFDUC, nº81, 2005, pág. 59, nota 4

⁴ Rui Pereira, “Liberdade sexual: a tutela na reforma do CP”, in Sub Judice, nº11, 1996, pág. 43

⁵ Ana Rita Alfaiate, “A relevância penal da sexualidade dos menores”, 2009, pág. 31 e Maria Beatriz Pacheco, “O crime de atos sexuais com adolescentes, reflexões críticas em torno do conceito de abuso da in experiência da vítima”, FDUCP, Porto, 2012, pág. 16

continuava a consistir na moral social sexual em que o Estado emprestava o seu ius imperium a essa “moral sexual”, traduzida num “padrão rígido de comportamento a nível sexual”⁶.

No entanto, só com a revisão do CP em 1995 é que surgiu uma importante reviravolta em matéria de criminalidade sexual, nomeadamente contra os menores. Nas palavras de TERESA BELEZA, “os conceitos mudaram, os interesses a proteger são declaradamente outros (...), o pecado (...) cedeu o passo à preservação da liberdade individual”⁷. É assim, com esta revisão que surge a necessidade de proteger e promover a liberdade e a autodeterminação sexual do indivíduo enquanto bem jurídico, abandonando-se a conceção moralista e os bons costumes⁸. Estes crimes deixaram de ser considerados como crimes contra a moral, passando a considerar-se como crimes contra as pessoas e a integrarem-se num novo capítulo “Dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual”.

Embora o Cap. V do CP esteja dividido entre crimes contra a liberdade sexual e crimes contra a autodeterminação sexual, isso não significa que o bem jurídico protegido na primeira secção seja a liberdade e na segunda a autodeterminação sexual. O que significa é que na primeira Secção protege-se a liberdade e/ou a autodeterminação sexual de todas as pessoas, enquanto que na segunda Secção visa-se alargar a proteção àqueles casos que não seriam crime se praticados entre adultos ou que apesar de serem crime, seriam-no dentro de limites menos amplos ou ainda que assumiriam menor gravidade. Por outras palavras, na segunda Secção o alargamento da tutela dá-se devido à menoridade da vítima, o que não invalida que se

⁶ André Lamas Leite, “As alterações de 2015 ao código penal em matéria de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexuais- nótulas esparsas”, in *Julgar*, nº28, 2016, pág. 62 e Conceição Cunha, “Breve reflexão acerca do tratamento jurídico-penal do incesto”, in *RPCC*, ano 12, nº3, 2002, pág. 351

⁷ Teresa Beleza, “Sem sobra de pecado: o repensar dos crimes sexuais na revisão do Código Penal”, in *Jornadas de Direito Criminal*, 1996, pág. 5

⁸ Ana Rita Alfaiate, “A relevância penal da sexualidade dos menores”, 2009, pág. 36, Teresa Beleza, “Sem sobra de pecado: o repensar dos crimes sexuais na revisão do Código Penal”, in *Jornadas de Direito Criminal*, 1996, pág. 110, André Lamas Leite, “As alterações de 2015 ao código penal em matéria de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexuais- nótulas esparsas”, in *Julgar*, nº28, 2016, pág. 62, Maria Beatriz Pacheco, “O crime de atos sexuais com adolescentes, reflexões críticas em torno do conceito de abuso da inexperiência da vítima”, *FDUCP*, Porto, 2012, pág. 16, Jorge de Almeida Cabral, “Abuso sexual de crianças, pornografia infantil”, *Centro Português de Investigação em História e Trabalho Social*, 2003, pág. 4

afirme que, tanto na Secção I, como na Secção II, o bem jurídico protegido é a liberdade e a autodeterminação sexual relacionada com um outro bem jurídico: o do livre desenvolvimento da personalidade do menor na esfera sexual⁹. O desenvolvimento do menor deve processar-se em liberdade, sem intromissões, que a lei presume nocivas à formação da personalidade e assunção da própria sexualidade¹⁰.

Deste modo, o principal objeto do Direito Penal em matéria de sexualidade passa a ser a proteção da liberdade sexual, enquanto valor de adequação social da conduta, deixando-se de fazer qualquer referência ao pudor, à moral sexual, ao escândalo público. A função do Direito Penal não é banir todas e quaisquer situações moralistas, a função do Direito Penal é, sim, proteger os bens jurídicos fundamentais da comunidade¹¹ e neste caso a liberdade sexual como direito constitucionalmente consagrado na Constituição da República Portuguesa, nomeadamente nos art.º 25º/1, 26º e 27º, tutelando a sua vertente negativa e positiva, isto é, o direito de cada sujeito a não suportar de outrem qualquer tipo de intromissão por meio de atos para os quais não tenha manifestado concordância e o direito de cada pessoa de dispor livremente da sua sexualidade e exercê-la quando, com quem e como quiser, mas sempre sem prejuízo do direitos de terceiros¹².

Nesta revisão, havia uma total proibição de praticar qualquer ato sexual de relevo com menor de 14 anos de idade porque qualquer criança com menos de 14 anos “não é livre de se decidir sexualmente”¹³ e como tal era punido por abuso sexual de menor aquele que praticasse qualquer ato sexual de relevo com um menor de 14

⁹ Jorge Figueiredo Dias, “Comentário Conimbricense ao Código Penal”, nótula antes do art 163º, ponto 2, Ano 1999, pág. 442 e Maria João Antunes, “Crimes contra menores: incriminações para além da liberdade e da autodeterminação sexual”, in BFDUC, vol.81, 2005, pág. 58, Andreia Almeida, “A relevância processual dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menores”, FDUNL, 2013, pág. 18

¹⁰ Jorge de Almeida Cabral, “Abuso sexual de crianças, pornografia infantil”, Centro Português de Investigação em História e Trabalho Social, 2003, pág. 9

¹¹ Jorge Figueiredo Dias, “Lei criminal e controlo da criminalidade. O processo legal-social de criminalização e descriminalização”, in ROA, ano 36, 1976, pág. 78

¹² Ana Rita Alfaiate, “A relevância penal da sexualidade dos menores”, 2009, pág. 86, Maria do Carmo Dias, “Repercussões da lei nº 59-2007, de 4-9 nos crimes contra a liberdade sexual”, in RCEJ, nº8, 2008, pág. 221, Maria Beatriz Pacheco, “O crime de atos sexuais com adolescentes, reflexões críticas em torno do conceito de abuso da inexperiência da vítima”, FDUCP, Porto, 2012, pág. 18

¹³ Teresa Beleza, “Sem sobra de pecado: o repensar dos crimes sexuais na revisão do Código Penal”, in Jornadas de Direito Criminal, 1996, pág. 169

anos, sendo que integrava-se no ato sexual de relevo além de condutas como a cópula, a atuação sobre o menor por meio de (...) espetáculo ou objetos pornográficos e ainda a utilização da criança em material pornográfico como fotografia, filme ou gravação¹⁴.

Na revisão de 1998, passou a ser punida a conduta daquele que exibisse ou cedesse, por qualquer tipo ou meio, fotografia, filme ou gravação pornográfica em que se utilizasse menor de 14 anos, como abuso sexual de crianças.

Mais tarde, com a revisão de 2001, a estas condutas acrescentou-se a incriminação daquele que detivesse material pornográfico com o propósito de os exibir ou ceder¹⁵. Estas incriminações não tiveram, certamente, como referência a proteção do bem jurídico-penal da liberdade e da autodeterminação sexual das crianças, mas antes sim a necessidade de criminalizar o tráfico de fotografias, filmes e gravações pornográficos com crianças¹⁶.

Foi, finalmente, com a revisão do CP em 2007 que surge o crime de pornografia de menores, previsto pelo art.º 176º. Antes de mais, o crime de abuso sexual de crianças continua a proteger os menores de 14 anos de condutas em que sobre o menor se atue por meio de conversa, escrito, espetáculo e objetos pornográficos, mas algumas formas de consumação, nomeadamente a exibição, detenção e a cedência daquele material deixam de integrar o art.º 171º para integrar um novo tipo incriminador: A Pornografia de Menores¹⁷. Entendem, MARIA JOÃO ANTUNES e CLÁUDIA SANTOS, que não há verdadeiramente uma nova incriminação, mas sim uma autonomização de alguns comportamentos que já existiam e que passam a estar abrangidos pelo novo tipo de crime, isto é, o novo tipo legal alarga o âmbito de incidência sendo abrangidos todos os menores com menos de 18 anos de idade e não só os de 14 anos, são aumentadas as modalidades de ação,

¹⁴ Em concordância, Ana Rita Alfaiate, “A relevância penal da sexualidade dos menores”, 2009, pág. 38

¹⁵ Ana Rita Alfaiate, “A relevância penal da sexualidade dos menores”, 2009, pág. 39

¹⁶ Jorge Figueiredo Dias, “Comentário Conimbricense ao Código Penal”, art.º 172º, ponto 3 e 19, 1999, pág. 542 e 549 e Maria João Antunes, “Crimes contra menores: Incriminações para além da liberdade e da autodeterminação sexual”, in BFDUC, n.º 81, 2005, pág. 61

¹⁷ Ana Rita Alfaiate, “A relevância penal da sexualidade dos menores”, 2009, pág. 40

equipara-se o aliciamento do menor à sua utilização e passa a ser penalmente relevante todo e qualquer material com representação realista do menor¹⁸.

Por fim, em 2015, com a Lei nº 103/2015 de 24-08, o crime em causa foi objeto de profundas mudanças. O tipo começa a criminalizar o aliciamento de menores para fins sexuais, com nº3 do art.º 176º passam a ser punidas as condutas referidas no nº1 alíneas a) e b) quando praticadas sob ameaça grave ou violência, criou-se uma relação de especialidade face ao nº1; o nº 5 e nº6 visam combater a pornografia de menores através de sistemas informáticos, sendo que o nº7 agrava a pena de prisão das condutas referidas nos nº 5 e 6 quando praticadas com intenção lucrativa¹⁹.

Em modo de conclusão, o direito penal sexual evoluiu, ficou para trás um direito penal que tutelava a honestidade, os bons costumes, a virgindade e a moralidade, passando a tutelar-se a liberdade e a autodeterminação sexual e autonomizando-se o menor enquanto vítima desses diversos crimes contra as pessoas²⁰.

¹⁸ Maria João Antunes e Cláudia Santos, “Comentário Conimbricense ao Código Penal”, anotação ao art.º 176º, 2012, pág. 878 e 879

¹⁹ André Lamas Leite, “As alterações de 2015 ao código penal em matéria de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexuais- nótulas esparsas”, in *Julgar*, nº28, 2016, pág. 67 a 70

²⁰ No mesmo sentido, Maria João Antunes, “Crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual dos menores”, in *Julgar*, nº12, 2010, pág. 154

II. Pornografia de menores: art.º 176º CP

1. O conceito de pornografia infantil

A DECISÃO-QUADRO 2004/68/JAI DO CONSELHO, de 22 de dezembro de 2003, relativa à luta contra a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil²¹ definiu no seu art.º 1º al b), pornografia infantil como:

- i) qualquer material pornográfico que descreva ou represente visualmente: crianças reais envolvidas em comportamentos sexualmente explícitos ou entregando-se a tais comportamentos, incluindo a exibição lasciva dos seus órgãos genitais ou partes púbicas, ou
- ii) pessoas reais com aspeto de crianças, envolvidas em comportamentos referidos na subalínea i), ou entregando-se aos mesmos,
- iii) ou imagens realistas de crianças não existentes, envolvidas nos comportamentos referidos na subalínea i) ou entregando-se aos mesmos.

Por sua vez, o PROTOCOLO FACULTATIVO À CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA relativo à VENDA DE CRIANÇAS, PROSTITUIÇÃO INFANTIL E PORNOGRAFIA INFANTIL²², define pornografia infantil no art.º 2º al c) como: qualquer representação, por qualquer meio, de uma criança no desempenho de atividades sexuais explícitas reais ou simuladas ou qualquer representação dos órgãos sexuais de uma criança para fins predominantemente sexuais.

Também a CONVENÇÃO DO CONSELHO DA EUROPA PARA A PROTEÇÃO DAS CRIANÇAS CONTRA A EXPLORAÇÃO SEXUAL E OS

²¹ Disponível em:

http://www.dgpi.mj.pt/sections/relacoesinternacionais/anexos/200468jaidecisao/downloadFile/file/DQ_2004.68.JAI_Exploracao_sexual_de_crianças.pdf?nocache=1199981526.14

²² Disponível em:

<http://www.gddc.pt/direitoshumanos/textosinternacionaisdh/tidhuniversais/protocolocrian%EFas2.html>

ABUSOS SEXUAIS²³, designa como pornografia de menores no art.º 22º nº 2, todo o material que represente visualmente uma criança envolvida em comportamentos sexualmente explícitos, reais ou simulados, ou qualquer representação dos órgãos sexuais de uma criança, com fins sexuais.

Em sentido idêntico, a CONVENÇÃO SOBRE O CIBERCRIME, de 23 de novembro de 2001 (STE 185)²⁴ entende como pornografia infantil, “qualquer material pornográfico que represente visualmente:

- i) Um menor envolvido num comportamento sexualmente explícito;
- ii) Uma pessoa, aparentando ser menor, envolvida num comportamento sexualmente explícito;
- iii) Imagens realistas representando um menor envolvido num comportamento sexualmente explícito”

Na jurisprudência portuguesa, o Supremo Tribunal de Justiça, definiu que “a pornografia, em sentido clássico, tem o significado de ato sexual chocante, aberrante, praticado em condições profundamente dissociadas do que é usual e conhecido, sem que se confunda como o mero erotismo. Eliane Rober Moraes, docente de ética na PUC –S. Paulo, intentando traçar a distinção e sobrelevar na controvérsia, pondera que o erotismo só sugere; a pornografia tudo mostra; do âmbito da pornografia está excluída uma nudez não apelativa presente por ex.º nas obras de arte pictóricas, de escultura ou gravuras.”²⁵

²³ Disponível em:

<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168046e1d8>

²⁴ Disponível em:

http://www.dgpi.mj.pt/sections/relacoesinternacionais/copy_of_anexos/convencao-sobre-o/

²⁵ Processo nº 4/10.5GBFAR.E1.S1, de 12 de outubro de 2011, Relator Armindo Monteiro

2. O bem jurídico

Embora a lei tenha evoluído no sentido de proteger os menores no âmbito de sua determinação sexual, deixando para trás a tutela baseada na moral e nos bons costumes, a doutrina tem vindo a dividir-se em relação à qualificação do bem jurídico em causa quando falamos de pornografia de menores. Será a liberdade sexual que está em causa? Será a autodeterminação sexual? Ou serão ambos? Será um bem jurídico supra individual como a infância e a juventude? Ora, é isso que importa agora analisar.

Como vimos, numa visão sistemática do CP, este passou a dividir o Cap. V em crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, sendo que o crime em análise integra a Secção II do CP, denominada de crimes contra a autodeterminação sexual. Mas, vimos também que isso não quer dizer que o bem jurídico seja, única e exclusivamente, a autodeterminação sexual quanto aos crimes abrangidos nessa secção, portanto, defender que esse seria o bem jurídico em causa, seria tomar uma posição precipitada e errónea.

No entanto, a maioria da doutrina entende que o bem jurídico protegido nesta incriminação é a autodeterminação sexual do menor²⁶. Por um lado, FIGUEIREDO DIAS, diz-nos que “o interesse tutelado em relação ao BJ da autodeterminação sexual do menor está “demasiado longínquo e indeterminado para que ele possa constituir verdadeiramente um BJ penal”. Não está em causa a dignidade e porventura a necessidade de tutela jurídico-penal de um interesse. O que se diz é que ele não deveria caber, de forma notoriamente forçada, na tutela do BJ do livre desenvolvimento da personalidade no menor na esfera sexual.”²⁷. Este autor ainda vai mais longe e defende

²⁶ Neste sentido, Paulo Pinto de Albuquerque, “Comentário do Código Penal, à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, UCP, 2008, pág. 487, Celestino Quemba, “Crime continuado, a problemática dos crimes sexuais”, 2015, pág. 130, José Mouraz Lopes, “Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal”, 2008, pág. 117 e Figueiredo Dias, “Comentário Conimbricense ao Código Penal”, anotação 3ª ao art.º 172, 1999, pág. 543

²⁷ Jorge Figueiredo Dias, “Comentário Conimbricense ao Código Penal”, anotação 3ª ao art.º 172, 1999, pág. 543. Este autor vai mais longe e diz que a pessoa não é livre de se decidir em termos de relacionamento sexual.

que a pessoa não é livre de se decidir em termos de relacionamento sexual. Por outro lado, JOSÉ MOURAZ LOPES, embora esteja de acordo com essa doutrina, ressalva as situações do n.º 1 al c) e d) do art.º 176.º, ou seja, nos casos em que, quem produzir, distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder, a qualquer título ou por qualquer meio, os materiais previstos na alínea anterior; ou adquirir ou detiver materiais previstos na alínea b) com o propósito de os distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder, defendendo que não existe verdadeiramente uma violação direta do bem jurídico liberdade e autodeterminação sexual do menor, porque o que realmente se pretende é travar a proliferação da divulgação de condutas que atentam contra a tal liberdade e autodeterminação sexual. Também nas situações do 176.º n.º 4, em que se está perante representação realista de menor, não é identificável qual o bem jurídico que se pretende tutelar, logo não se pode defender que esteja em causa a liberdade ou a autodeterminação sexual, porque nem sequer existe menor ou outras pessoas com aparência de menor²⁸.

De igual modo, o STJ decidiu no processo n.º 4/10.5GBFAR.E1. S1, de 12 de outubro de 2011, relator Armindo Monteiro: “No crime de pornografia de menores, qualificado, p. e p. pelos arts. 176.º, n.ºs 1, al. b), e 6, e 177.º do CP, tutela-se, ainda, a autodeterminação sexual, em virtude de se entender que o desenvolvimento sexual da criança pode ser severamente prejudicado com a sua participação em manifestações pornográficas.”, “O tipo legal visa a protecção , ainda que remotamente ,” demasiadamente longínqua “ , (na expressão do Prof. Figueiredo Dias , in Comentário CCCP , ao art.º 172.º , do CP , nota 3 , a propósito da punição das conversas , espectáculos ou objectos pornográficos) , da autodeterminação sexual , sem embargo de o desenvolvimento sexual da criança poder ser severa e directamente prejudicado com a sua participação em manifestações pornográficas , isto mesmo à margem de “ sacrifício na ara de uma qualquer moralidade sexual “ , autor citado , ainda , no CCCP , pág. 544 , moralidade à revelia da qual o legislador nacional , do CP , após 1995 , se dispôs a construir o direito penal sexual , um pouco de acordo com a filosofia stuartmilliana para o liberalismo económico de que em princípio tudo

²⁸ José Mouraz Lopes, “Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal”, 2008, pág. 153 e 157

é permitido ; a proibição vem por exceção.” No mesmo sentido, seguiu o Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República: “Não releva para aqui toda a discussão que se opera à volta da alteração que a revisão do Código Penal operada em 1995 veio introduzir nas concepções jurídico-criminais da pornografia, mas parece resultar desse compêndio que a pornografia é apenas punida como uma modalidade de prática sexual com menores e releva quando implique uma actuação sobre o menor de modo a pôr em risco o seu direito à autodeterminação sexual.”²⁹

Em anotação ao art.º 176º, MARIA JOÃO ANTUNES e CLÁUDIA SANTOS, defendem que o BJ protegido pela norma é o livre desenvolvimento da vida sexual do menor de 18 anos de idade face a conteúdos ou materiais pornográficos, visto que o crime em causa está inserido no Cap. Dos crimes contra a autodeterminação sexual. No entanto, acrescentam que nas condutas das al a) e b) do art.º 176º n.º1, isto é, nos casos de utilização do menor em espetáculo pornográfico ou o aliciamento para esse fim, ou utilização do menor em fotografia, filme ou gravação pornográficos, independentemente do seu suporte, ou o aliciamento para esse fim, a incriminação pode ter como referência o BJ individual da liberdade e autodeterminação sexual quando se esteja perante menores entre os 14 e os 18 anos de idade.³⁰

Num outro sentido, para INÊS FERREIRA LEITE, o BJ a ser considerado é a liberdade sexual em sentido amplo porque a titularidade do BJ liberdade sexual não deve ser afastada devido à menoridade, nem sofre limitações devido à idade da vítima embora se concretize de diferentes formas.³¹ Nos casos de menores onde ainda nem está formada a capacidade para a autodeterminação sexual, a doutrina convoca a proteção do desenvolvimento livre da personalidade no domínio da sexualidade devido à falta de formação dessa vontade. Também TERESA PIZARRO BELEZA defende que o BJ em causa é a proteção da liberdade do menor na esfera sexual,

²⁹ Parecer n.º I000711999, de 7 de janeiro de 2000, Relator Alberto Oliveira

³⁰ Maria João Antunes e Cláudia Santos, “Comentário Conimbricense ao Código Penal”, anotação ao art.º 176º, 2012, pág. 880

³¹ Inês Ferreira Leite, “Pedofilia- Repercussões nas novas formas de criminalidade na teoria geral da infração”, 2004, pág. 28 ss

embora seja vista numa faceta de autodeterminação³². “A proteger será, em qualquer caso, a liberdade. Liberdade de se relacionar sexualmente ou não e com quem, para os adultos; liberdade de crescer na relativa inocência até se atingir a idade da razão para aí se poder exercer plenamente aquela liberdade.”³³, “Já não é o pudor do jovem ou da criança (...) que está em causa (...), mas a convicção legal de que (...) privada de uma certa dose de autodeterminação, a pessoa não é livre de se decidir em termos de relacionamento sexual”³⁴. Há ainda quem venha defendendo que o BJ digno de tutela penal parece ser a liberdade e a autodeterminação, no sentido de proteger-se o livre desenvolvimento da personalidade do menor na esfera sexual face a condutas que possam lesar esse livre desenvolvimento³⁵.

Por outro lado, ANA RITA ALFAIATE entende que em regra poderá falar-se de autodeterminação sexual a partir dos 14 anos de idade, porque até a essa idade não é reconhecido qualquer valor à vontade do menor. É aos 14 anos de idade que se encontra um limite que distingue o momento entre a liberdade sexual do menor e a autodeterminação sexual, isto é, até aos 14 anos fala-se de livre desenvolvimento da sexualidade sem possibilidade de decisão e a partir dos 14 anos fala-se em autodeterminação. Contudo, para esta autora, no crime de pornografia de menores, é afastada a possibilidade de o menor decidir por si no domínio da sexualidade e como tal não se poderá defender que o BJ seja a liberdade sexual. Assim, defende que o BJ protegido é a infância e juventude enquanto BJ supra-individual, porque só assim se justifica que ultrapassem a realização da vontade individual do menor levando à incriminação da conduta. O argumento usado para afastar a qualificação do BJ como liberdade sexual é o facto de o Estado, através da Constituição da República Portuguesa, nos art.º 69º e 70º, proteger a infância e a juventude e que contrariamente

³² Teresa Pizarro Beleza, “A revisão da Parte Especial na reforma do Código Penal: legitimação, reequilíbrio, privatização e individualismo”, in Jornadas sobre a revisão do Código Penal, 1998, pág. 91 e 113

³³ Teresa Pizarro Beleza, “A revisão da Parte Especial na reforma do Código Penal: legitimação, reequilíbrio, privatização e individualismo”, in Jornadas sobre a revisão do Código Penal, 1998, pág. 91 e 110 e “Sem sobra de pecado: o repensar dos crimes sexuais na revisão do Código Penal”, in Jornadas de Direito Criminal, 1996, pág. 11

³⁴ Autora citada no Ac. do TRE, processo nº 524/13.0JDLSB.E1, de 17 de março de 2015, Relator Carlos Berguet

³⁵ Andreia Almeida, “A relevância processual dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual dos menores”, FDUNL, 2013, pág. 19

ao abuso sexual de menores, onde o crime se remete em exclusivo a menores de 14 anos, o crime em questão, protege os menores até aos 18 anos de idade, de tal modo que não se pode falar em proteção da liberdade sexual do menor. A necessidade de proteção absoluta dos menores não pode sacrificar um BJ essencial como a liberdade sexual enquanto forma de cada um dispor do seu corpo e, assim sendo, para que esse interesse não seja posto em causa pela proteção de um BJ supra-individual, deve o seu consentimento válido e eficaz afastar a ilicitude da conduta, logo não merece o crime em causa tutela penal mas sim outros tipos de meios de controlo de algumas condutas.³⁶

Do meu ponto de vista, partilho da opinião que o BJ em causa é a liberdade sexual do menor, liberdade esta que se insere na liberdade da pessoa humana como direito fundamental constitucionalmente reconhecido. Vejamos. A liberdade sexual comporta duas vertentes, uma positiva que consiste na possibilidade de cada um dispor de forma livre e autêntica do seu corpo e do sexo para fins sexuais, enquanto liberdade de opção e atuação ou exercício e uma vertente negativa baseada no direito de não suportar de outrem qualquer intromissão ao nível da realização da sua sexualidade através de atos para os quais não tenha consentido. Assim, apenas a norma penal que comporte estas duas vertentes, isto é, que promova a vertente positiva e proteja a vertente negativa, se apresenta como apta a proteger a liberdade sexual enquanto BJ, pois o DP não deve ser um limite da liberdade sexual, mas sim um garante desta, pautando a sua intervenção pelos princípios da necessidade ou dignidade penal e conduzindo também à não criminalização de condutas meramente imorais que não ofendem bens jurídicos fundamentais da comunidade³⁷.

Partilhando a opinião de INÊS FERREIRA LEITE, a autodeterminação corresponde a uma das concretizações e manifestações da liberdade em sentido amplo, ou seja, a liberdade é um estado de espírito e a autodeterminação um caminho onde está subjacente não só a inexistência de obstáculos e restrições para o exercício da liberdade como a existência de condições que permitam uma livre formação da

³⁶ Ana Rita Alfaiate, “A relevância penal da sexualidade dos menores”, 2009, pág. 90 e ss

³⁷ Retirado do Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República, parecer nº P000621995, de 31 de maior de 2001, relator Luís da Silveira. No mesmo sentido, Manuel da Costa Andrade, “Consentimento e Acordo em Direito Penal”, 1991, Pág. 395

vontade; a autodeterminação corresponde ao processo livre e autêntico de formação da vontade, integrando a própria liberdade³⁸. Neste sentido, entendo que defender a autodeterminação sexual como o BJ tutelado pelo art.º 176º não será o mais correto porque o BJ em causa é mais amplo. A autodeterminação encontra-se inserida na esfera da liberdade sexual não podendo ser autonomizada, sem liberdade não existe autodeterminação. Também não se compadece com a opinião de que até aos 14 anos de idade, o BJ seja a liberdade sexual e a partir dessa idade a autodeterminação.

Como se viu o CP com a revisão de 1995 deixou de tutelar a moral e os bons costumes para tutelar a liberdade e autodeterminação sexual associadas ao livre desenvolvimento da personalidade do menor na esfera sexual, isto é, o desenvolvimento do menor em liberdade, sem intromissões, que a lei presume nocivas à formação da personalidade e assunção da própria sexualidade, pelo que, surge uma proteção penal no sentido de permitir que sejam os jovens a fixar os seus próprios valores e padrões à medida que caminhem para a maturidade. Ora, afirmar que a lei presume que “abaixo de certa idade (...) a pessoa não é livre de se decidir em termos de relacionamento sexual”³⁹, parece retirar ao menor de certa idade o direito ao desenvolvimento da personalidade na esfera de liberdade sexual, e permitir que a sociedade adote comportamentos que o coisifiquem ou o instrumentalizem⁴⁰ a objetos aptos a satisfazer as necessidades sexuais dos adultos sacrificando-se a vontade daquele e ofendendo a dignidade do mesmo.

Dizer que um menor com menos de 14 anos de idade não tem liberdade sexual é errado, nem o promove como ser humano, perante abusos que possam surgir por parte dos adultos. As crianças têm liberdade de desenvolvimento sexual, ao menor com menos de 14 anos deve ser reconhecida a mesma liberdade de exercício no âmbito da sexualidade que é reconhecida aos maiores de 14 anos, simplesmente o que acontece é que não têm o mesmo discernimento que os maiores de 16 anos (por

³⁸ Inês Ferreira Leite, “Tutela penal da liberdade sexual”, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, 2011, pág. 41

³⁹ Teresa Pizarro Beleza, “O conceito legal de violação”, 1994, pág. 56

⁴⁰ “É a iniciação precoce da atividade sexual de forma perversa, com a instrumentalização do menor como objeto de prazer, desligado de componentes afetivas que está em causa- a coisificação da vítima”, Pedro Vaz Patto, “Direito Penal e ética sexual”, in Direito e Justiça, Vol. XV, tomo 2, 2001, pág. 138

exemplo) para tomar decisões acerca dessa liberdade. Ainda que se reconheça ao menor falta de maturidade para exercer livremente a sua sexualidade, tal não permite afirmar que não possua liberdade sexual. “Até aos 14 anos a proteção da liberdade sexual do menor, tendo em vista o seu desenvolvimento sexual, tal como a preparação e amadurecimento da sua autodeterminação não exclui a atividade sexual, porque nem todas as condutas sexuais praticadas por menores de 14 anos põem de algum modo em perigo o seu desenvolvimento ao nível sexual⁴¹”, é exemplo os casos de descoberta da sexualidade por dois adolescentes que ainda assim são considerados como menores de idade aos “olhos da lei”. Só a criança sujeita a vivências e experiências pode construir a sua personalidade sexual de forma natural mas, para isso, o Estado tem de reconhecer o menor como ser humano com vontade sexual própria, os pais têm de reconhecer e aceitar que os filhos têm direito à sua liberdade sexual, devendo inculcar-lhes a ideia de que essa liberdade é algo de positivo ao desenvolvimento da sua personalidade no âmbito da sexualidade e não como uma forma de pecado, como se verificava há uns anos atrás.

MANUEL da COSTA ANDRADE afirma que “até atingir certo grau de desenvolvimento, indiciado por determinados limites etários, o menor deve ser preservado dos perigos relacionados com o desenvolvimento prematuro em atividades sexuais.”⁴². Não concordo plenamente com esta posição. É claro que o menor deve ser preservado de perigos em matéria sexual, mas isso não quer dizer que o menor tenha que ser privado da sua liberdade. Defendemos o direito do menor na descoberta da sexualidade, o que só é possível através do exercício da sua liberdade e proteção de atos praticados por adultos, contra a sua vontade ou mesmo, quando esta ainda não existe, devido à falta de consciência ou formação da vontade por influência de idade precoce, que possam influenciar negativamente essa liberdade.

Ser criança significa percorrer um longo caminho de formação da personalidade e vontade individual, de forma livre e natural, sem percalços ou

⁴¹ Ana Rita Alfaiate, “A relevância penal da sexualidade dos menores”, 2009, pág. 90. Contrariamente, Maria João Antunes, em “Comentário Conimbricense ao Código Penal”, anotação ao art.º 175º, 1999, pág. 570 entende que até aos 14 anos a prática de atos sexuais prejudica o desenvolvimento global do menor.

⁴² Manuel da Costa Andrade, “Consentimento e Acordo em Direito Penal”, 1991, Pág. 396

interferências negativas, que o possam perturbar ou traumatizar, causando sequelas psíquicas ou até mesmo físicas para o futuro. Citando, PAULO GUERRA, “o menor violentado na sua sexualidade deixa de poder ser sujeito do seu próprio destino, da sua própria história sonhada, projetada ou construída⁴³”, ou seja, os tipos de experiências sexuais vivenciados pelo menor durante a sua infância e juventude influenciam a sua orientação sexual podendo causar transtornos a nível comportamental no âmbito da sexualidade e consequentemente na liberdade sexual⁴⁴ e é nesse sentido que cabe ao Estado proteger as crianças e os jovens no seu desenvolvimento integral, contra ofensas de terceiros àquela liberdade. É desta forma, que o art.º 69º/1 da CRP estabelece que as crianças têm direito à proteção do Estado⁴⁵, com vista ao seu desenvolvimento integral, assegurando os direitos dos menores, nomeadamente o direito à dignidade, à segurança e à integridade seja ela física ou psicológica.

Por tudo o que foi referido anteriormente, podemos concluir que o legislador reconheceu o papel da sexualidade no desenvolvimento da personalidade humana e, como tal, o art.º 176º visa proteger quaisquer atos praticados por adultos que atentem contra a liberdade do menor que, devido à sua falta de maturidade, não tem capacidade de se autodeterminar nesta vertente. Assim sendo, pune-se o exercício de qualquer sexualidade que afeta de forma negativa o livre desenvolvimento da personalidade na esfera sexual⁴⁶ porque “a legitimidade da intervenção penal num Estado de Direito democrático não se pode alicerçar no bem “pouco-laico” da moralidade pública ou dos bons costumes ou ter como alvo um determinado tipo-de-autor, ao qual seja declarada guerra”⁴⁷.

⁴³ Paulo Guerra, “Abuso sexual de menores. Uma conversa sobre Justiça entre o Direito e a Psicologia”, 2002, pág. 43

⁴⁴ “Naquelas idades a capacidade de avaliação e autodeterminação está ainda em fase de formação e desenvolvimento, sofrendo, em tal caso, traumas irreparáveis nesse processo (...) cujo desenvolvimento físico, intelectual e moral está em fase de formação, equivale ao direito ao desenvolvimento são e sem constrangimentos da sua personalidade, aqui na vertente da sexualidade.” expressou-se o Ac. do TRC, processo nº 347/08.8]ACBR.C1 de 2 de abril de 2014, relator Belmiro Andrade

⁴⁵ De igual modo a juventude é protegida pelo art.º 70º da CRP.

⁴⁶ Também neste sentido, Luciana Costa, “A convenção sobre o cibercrime e a incriminação da pornografia infantil”, 2006, pág. 13 e 14

⁴⁷ Maria João Antunes, “Crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual dos menores”, in Revista do CEJ, nº8, 2008, Pág. 157

Trata-se de conceder uma proteção do menor até que atinja a maturidade e por isso a intervenção do direito penal é legítima quando cria mais liberdade ao indivíduo do que a que retira.

3. Tipo objetivo do ilícito

3.1 O autor e a vítima

No crime em causa pode ser autor ou agente qualquer pessoa singular, desde que possua 16 ou mais anos de idade ou ainda as pessoas coletivas e entidades equiparadas.

Por sua vez, em relação à vítima do crime, podemos encontrar na lei várias formas de graduar a medida da pena consoante a idade do menor, mas perante o Direito Penal é considerado como menor aquele que possui menos de 18 anos de idade.

Inicialmente, o Código de Seabra previa a menoridade até aos 20 anos, contudo no que dizia respeito aos crimes sexuais a lei penal apenas protegia o menor até aos 16 anos de idade. Mas, tal como se verificou em relação ao BJ, também na matéria respeitante à menoridade, a grande reviravolta dá-se com a revisão do CP em 1995, onde a lei passa a proteger as vítimas de crimes sexuais até aos 16 anos com especial proteção daqueles que ainda não completaram os 14 anos de idade. É por fim com a revisão de 2007, que os menores até aos 18 anos de idade passam a ser protegidos⁴⁸.

Também a CONVENÇÃO DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS de 1989, no art.º 1º prevê que: “criança é todo o ser humano menor de 18 anos, salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo.”⁴⁹

Como ANA PAULA ROFRIGUES afirma, a alteração da incriminação até aos 18 anos “funda-se na certeza de que certas condutas de índole sexual com menor,

⁴⁸ Ana Rita Alfaiate, “A relevância penal da sexualidade dos menores”, 2009, pág. 18 a 22

⁴⁹ Disponível em:

http://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf. No mesmo sentido seguiu a Decisão-Quadro do 2004/68/JAI no art.º 1º al a), a Convenção do Conselho da Europa para proteção de crianças contra a exploração sexual e abusos sexuais no art.º 3º al. a) e a Convenção sobre o Cibercrime respetivamente, art.º 9º/3 embora faça uma ressalva que “Qualquer Parte poderá exigir/impor um limite de idade inferior, que não poderá, contudo, ser inferior a 16 anos.”

em menor, sobre menor, desfavorecem o desenvolvimento global deste e podem prejudicar gravemente o livre desenvolvimento da sua personalidade.”⁵⁰ Parece, assim, que o critério usado para proteger os menores até aos 18 anos baseia-se na necessidade de proteção do BJ em causa, de tal modo que a partir dessa idade deixa de justificar-se “uma específica proteção dos direitos humanos e do direito fundamental a uma educação e um desenvolvimento harmonioso em razão da idade da pessoa”⁵¹.

Por outro lado, INÊS FERREIRA LEITE, admite que esta incriminação justifica-se porque o menor como não é economicamente autónomo nem possui capacidade de se autosustentar como um adulto, é por isso mais suscetível a ofertas atrativas, nomeadamente contrapartidas patrimoniais mas também não patrimoniais, capazes de corromper a sua própria vontade⁵².

Uma última nota deve ser feita para os casos de pornografia de menores com representação realista de menores, onde se enquadra a pedopornografia aparente ou totalmente virtual. Como se verá mais à frente, neste tipo de casos, pode não ser identificável qualquer vítima e assim falamos de situações de liberdade de criação artística, ou não ser identificável uma vítima com menos de 18 anos de idade, tonando-se incorreto qualificar situações desta índole como crime porque tudo aquilo que derive da imaginação não ofende nenhum bem jurídico e como tal não deve ser alvo de incriminação. Além disso em Portugal, a pornografia de adultos não constitui crime, logo, imagens, filmes ou mesmo espetáculos pornográficos onde figure um adulto ainda que aparente ser fisicamente menor de idade, não entra no âmbito do art.º 176º aqui em análise.

⁵⁰ Ana Paula Rodrigues, “Pornografia de menores: Novos desafios na investigação e recolha de prova digital”, in Revista do CEJ nº15, 2011, Pág. 268

⁵¹ Maria João Antunes, “Crimes contra menores” nº92, pág. 64, citada por Andreia Almeida, “A relevância processual dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual dos menores”, FDUNL, 2013, pág. 19

⁵² Inês Ferreira Leite, “Tutela penal da liberdade sexual”, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, 2011, pág. 54

3.2 Condutas que integram o tipo

Vimos que algumas condutas relativamente à pornografia de menores eram punidas pelo art.º 172 e depois pelo art.º 171º, no âmbito do crime de abuso sexual de menores, mas foi com a criação do novo tipo penal do art.º 176º, que o crime de pornografia de menores além de autonomizado foi desenvolvido. Esta nova norma criminaliza uma panóplia de condutas praticadas por adultos contra a liberdade sexual dos menores, que vamos agora analisar.

A conduta do adulto pode reger-se por diversas modalidades de ação, que preenchem o tipo independentemente do título a que se faça, isto é, gratuito ou oneroso (venda, empréstimo, aluguer...) e do meio que se use (publicações escritas, como livros, revistas ou jornais, meios audiovisuais, divulgação via telemática através de computadores ou redes digitais, telemóveis ou outros aparelhos que permitam a visualização, registo de sons ou imagens de índole pornográfico envolvendo menores, dando-se o exemplo, de discos externos, pen-drives ou suportes de USB). Vamos então proceder a uma análise das condutas que integram o ilícito em causa.

O n.º 1 als. a) e b) criminalizam a conduta daquele que utiliza ou alicia o menor para espetáculo, fotografia, filme ou gravação pornográfica independentemente do seu suporte porque o que se pretende cobrir é a divulgação dos referidos materiais por todos os meios de comunicação conhecidos. Entende-se por aliciar, qualquer tipo de ação que seduza o menor no sentido de o induzir ou atrair a comportamentos de natureza sexual através da Internet e outras formas de comunicação, por meio de conversas, presentes, dinheiro, fama etc..⁵³ Há assim uma utilização direta do menor, onde a liberdade e autodeterminação sexual dos menores é diretamente posta em causa, seja através da intervenção direta nos factos, seja através do aliciamento para participar nos mesmos⁵⁴.

⁵³ No mesmo sentido, Ana Paula Rodrigues, “Pornografia de menores: Novos desafios na investigação e recolha de prova digital”, in Revista do CEJ n.º 15, 2011, Pág. 268

⁵⁴ José Mouraz Lopes, “Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal”, 2008, pág. 153

Por sua vez, as als. c) e d) criminalizam também a utilização do menor, mas neste caso, de forma indireta. As condutas aqui em causa são: a produção, distribuição, importação, exportação, divulgação, exibição e cedência a qualquer título ou por qualquer meio de material pornográfico em que se utilize um menor (al. c) e a aquisição ou detenção de material pornográfico com o propósito de o distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder (al. d). A criminalização destas condutas, em conjugação com o nº3 do mesmo artigo que se analisará posteriormente, está associada ao comércio de material pornográfico que a lei pretende evitar através da sua proibição.

PAULO PINTO de ALBUQUERQUE e CELESTINO QUEMBA⁵⁵, entendem que além das condutas referidas, deve ainda ser punida na al. d) a simples detenção ou aquisição de material pornográfico quer seja para consumo pornográfico ou não. Num outro sentido ANA RITA ALFAIATE⁵⁶, defende que esta conduta encontra-se já prevista não só na utilização do menor pelas als. a) e b) como também deve ser inserida no nº4. Já MARIA JOÃO ANTUNES e CLÁUDIA SANTOS⁵⁷ não fazem qualquer referência a estas situações.

Antes de analisarmos com detalhe algumas condutas, importa desde já, esclarecer quando é que uma fotografia, filme ou gravação são considerados materiais pornográficos. Como vimos, quando definimos o conceito de pornografia de menores, todos os diplomas que definem uma noção de pornografia infantil, acabam por referir como material pornográfico qualquer representação que, por qualquer meio, descreva ou represente visualmente crianças reais, pessoas reais com aspeto de crianças e imagens realistas de menores que na realidade não existem, envolvidas em comportamentos sexualmente explícitos, reais ou simulados ou entregando-se a tais comportamentos, incluindo a exibição lasciva dos seus órgãos genitais ou partes públicas para fins predominantemente sexuais. Como seria de esperar, a doutrina tem expressado a sua opinião em sentido muito idêntico, veja-se por exemplo, MOURAZ

⁵⁵ Paulo Pinto de Albuquerque, Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 2008, pág. 487 e Celestino Quemba, “Crime Continuado, a problemática dos crimes sexuais”, 2015, pág. 129

⁵⁶ Ana Rita Alfaiate, “A relevância penal da sexualidade dos menores”, 2009, pág. 119

⁵⁷ Maria João Antunes e Cláudia Santos, “Comentário Conimbricense ao Código Penal”, anotação ao art.º 176º, 2012, pág. 881 e 882

LOPES que afirma como pornográfico, “todo o objeto, fotografia, filme, gravação ou espetáculo consistente em manifestações ou apelos do instinto sexual expresso com a reprodução, representação ou exibição de órgãos sexuais”⁵⁸ que além de provocar excitação sexual, têm de ser idóneos a produzir dano no desenvolvimento fisiológico ou psicológico de pessoas imaturas. Também FIGUEIREDO DIAS pronunciou-se como “representação por qualquer meio de um ato que seja levado a cabo por várias pessoas (orgia) ou por uma só em que tenha ou não lugar a encenação que acompanha normalmente o espetáculo, seja ele público ou privado, num círculo estrito ou até familiar.”⁵⁹. “É espetáculo, quando há o encontro de várias pessoas com vista a presenciar ou intervir em ato adequado a excitar sexualmente a criança. Não tem de ser publico ou remunerado, basta que seja aberto aos espetadores. Pode ser visual ou sonoro, sendo que o agente pode nele intervir como ser mero espectador ou ouvinte. Nas situações em que o menor não se limita a ser ouvinte ou espectador, mas intervém, pode estar numa situação do 171º ou 176º”⁶⁰, segundo a opinião de PAULO PINTO de ALBUQUERQUE.

No que concerne à conduta daquele que utiliza o menor em material pornográfico, o tipo objetivo aqui em causa consiste em determinar o menor a intervir como modelo, ator ou participante em espetáculo, fotografia, filme ou gravação, ou tirar foto, fazer filme ou realizar gravação⁶¹, sendo que aquela utilização pode envolver a prática de atos exibicionistas, pode simplesmente inserir a presença física do menor no meio de outros intervenientes ou, em situações mais graves, pode envolver a prática de atos sexuais de relevo onde há um contacto de natureza sexual, colocando-se em questão qual a norma que deve ser aplicada, se a respeitante ao crime de abuso sexual de crianças, correspondente ao art.º 171º/3 al a) ou se a respeitante ao crime de pornografia de menores. Assim, quando o menor de 14 anos é utilizado em

⁵⁸ José Mouraz Lopes, “Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal”, 2008, pág. 117 ss

⁵⁹ Jorge Figueiredo Dias, “Comentário Conimbricense ao Código Penal”, ponto 13 do art.º 171º, 2012, pág. 837

⁶⁰ Paulo Pinto de Albuquerque, Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 2008, pág. 474

⁶¹ Celestino Quemba, “Crime Continuado, a problemática dos crimes sexuais”, 2015, pág. 130. Com o mesmo entendimento, Paulo Pinto de Albuquerque, Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 2008, pág. 487

espetáculo pornográfico que envolva a prática de atos sexuais de relevo (cópula, coito anal ou oral, introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objeto pelo menor), o agente deve ser punido pelo art.º 171º do CP, pois trata-se de um caso de consunção do crime de abuso sexual de crianças pelo crime de pornografia de menores, mas contrariamente a esta situação referida, se a utilização de menor de 14 anos em espetáculo pornográfico apenas envolver atos de contacto de natureza sexual e exibicionistas, sem que o menor pratique qualquer ato sexual de relevo, o agente deixa de ser punido pelo art.º 171º/3 al b), aplicando-se o 176º nº1 al a), porque verifica-se uma consunção do crime de abuso sexual pelo crime de pornografia de menores, punindo-se a conduta praticada com a pena mais severa. Por sua vez, se o menor utilizado em espetáculo pornográfico tiver entre 14 e 18 anos, independentemente de envolver a prática de atos sexuais de relevo ou não, esta conduta não é relevante para efeitos do art.º 171º, logo o agente é punido pelo crime de pornografia de menores nos termos do 176º/1 al a)⁶².

Quando a lei se refere à conduta daquele que produz, adquire ou detém o material com o propósito de o distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder (respetivamente alíneas c) e d) do nº1, conjugadas com o nº4), o que a lei pretende é através da proibição daquelas condutas travar a proliferação da divulgação de condutas que atentam contra o BJ do menor. A produção e distribuição inclui toda a cadeia técnica, desde a conceção e fabricação do material até à cedência a terceiros que não sejam participantes na produção, a importação e exportação, inclui o transporte de um país para outro país, independentemente do transporte ser remunerado ou não, a divulgação inclui a publicitação de uma ou mais pessoas desde que não tenham participado na produção do material, a exibição inclui a mostra a uma ou mais pessoas desde que, mais uma vez, não tenham participado na produção do material, a cedência inclui a venda, o aluguer, a doação, o empréstimo gratuito ou qualquer outra forma de transferência da detenção do material a terceiros que não sejam participantes na produção e por fim aquisição ou detenção daqueles materiais com algum daqueles propósitos (nº1 d), é um crime de ato cortado, bastando que o

⁶² Paulo Pinto de Albuquerque, Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 2008, pág. 488

agente tenha essa intenção para que se preencha o tipo, sem que seja estritamente necessária a verificação do resultado⁶³.

Em concreto, os n.ºs 5 e 6 do art.º aqui em causa, pretendem combater o tráfico de pornografia de menores através de sistemas informáticos e, por sua vez, o n.º 7 vem agravar a pena quando as condutas do n.ºs 5 e 6 são praticadas com intenção lucrativa.

Quanto ao grau de lesão do BJ tutelado, o crime aqui em análise, é um crime comum e de perigo abstrato⁶⁴, na medida em que o legislador considera as suas formas típicas tão gravosas, que não é necessário demonstrar uma concreta perigosidade da conduta para o BJ. Existe na conduta do agente um desvalor merecedor de tutela penal e que consiste no perigo de pôr em perigo o BJ a acautelar, ou a idoneidade de criar um risco, prevendo-se a incriminação da ação que se apresente apta a produzir esse perigo, mesmo que ele não se venha efetivamente a concretizar-se. Por exemplo, basta que se verifique um perigo de corromper o processo de formação da vontade sexual do menor, através da introdução de elementos perturbadores, para que com o consentimento deste se obtenha fotografias, filmes ou mesmo a figuração na produção de material pornográfico⁶⁵. Como afirma MAURACH e SCHRÖDER, “os tipos legais preordenados à proteção da juventude são crimes de perigo abstrato de índole especial: ao contrário do que acontece com os clássicos crimes de perigo abstrato, o perigo é não só em concreto presumido, como nem sequer é, em nenhum

⁶³ Paulo Pinto de Albuquerque, Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 2008, pág. 488 e Celestino Quemba, “Crime Continuado, a problemática dos crimes sexuais”, 2015, pág. 130

⁶⁴ Afirmou o TC no Ac. n.º 426/91, relator Conselheiro Sousa e Brito que “O legislador nos crimes de perigo abstrato exige apenas a perigosidade da ação para as espécies de bens jurídicos protegidos”. Ora, basta que o perigo seja apto a constituir um elemento do processo causal dos danos mesmo que estes não cheguem a concretizar-se.

⁶⁵ No Ac. do STJ, processo n.º 1291/10.4JDLSB.S1, de 12 de junho de 2013, relatora Isabel Martins, o arguido foi acusado da prática de abuso sexual de menores e produção de material pornográfico. Foi dado como provado que o arguido filmava as crianças enquanto abusava sexualmente das mesmas, por diversas vezes tirou-lhes fotografias e ainda mostrou-lhes filmes de conteúdo pornográfico, pedindo depois que imitassem o filme visionando, filmando-as mais uma vez e criando filmes pornográficos. Não há qualquer dúvida de que o arguido com as suas condutas preenche o tipo de abuso sexual de crianças, nos termos do art.º 171º e o tipo de pornografia de menores. Certo é que ao mostrar aqueles vídeos aos menores com o intuito de que estes fizessem igual para que pudesse filmá-los na prática daqueles atos posteriormente, causa um perigo de lesão ao BJ liberdade sexual, perigo esse abstrato. Com a filmagem dos menores dá-se a efetiva lesão ao BJ tutelado e preenche-se o tipo de pornografia de menores.

caso, suscetível de ser exatamente avaliado”⁶⁶. Contudo, não deve ser estendida essa punibilidade ao mero desejo sexual ou pensamento sexual que envolva menores, visto que o pensamento efetivamente não lesa ninguém apesar de toda a imoralidade que possa aqui estar subjacente.

Em relação à forma de consumação do ataque ao objeto da ação, estamos perante um crime de mera atividade, dado que, independentemente do resultado, a consumação opera com a utilização ou aliciamento do menor a participar em espetáculo com teor sexual ou para constarem de suportes, sejam eles suportes fotográficos ou de outro tipo. Aplica-se, assim, as teorias da imputação objetiva previstas pelo art.º 10º/1 CP. É importante ter em atenção, que este crime enquanto crime de mera atividade, consuma-se com a simples tentativa de combinar um encontro com um menor tendo como objetivo produzir esse material de conteúdo pornográfico⁶⁷, podendo estar aqui em causa verdadeiras situações de Grooming⁶⁸.

⁶⁶ Citado por Manuel da Costa Andrade, “Consentimento e Acordo em Direito Penal”, 2004, Pág. 396

⁶⁷ André Lamas Leite, “As alterações de 2015 ao código penal em matéria de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexuais- nótulas esparsas”, in *Julgar*, nº28, 2016, pág. 69 e 71

⁶⁸ “O grooming ou aliciamento de menores, trata-se de um ato, ou conjunto de atos, realizados com o objetivo final de facilitar o abuso sexual” – Ana Isabel dos Santos, “Grooming sexual online de crianças”, *FDUL*, 2012 pág. 13 e 24

3.3 A validade do consentimento prestado pelo menor

É evidente que as novas tecnologias de comunicação são um espaço ideal para se equacionar a consumação de crimes de cariz pornográfico quando relacionados com menores, não só porque permite criar o diálogo entre os intervenientes caracterizado por uma voluntariedade de adesão do menor e porque a internet facilita o anonimato ou falsificação de identidade de quem está do outro lado do ecrã. São estas características que permitem aos groomers aliciar ou convencer o menor a tirar fotografias pornográficas a si e a enviá-las posteriormente ao groomer⁶⁹. Portanto, o envio espontâneo destas fotografias é considerado como uma forma de consentimento tácito à utilização das fotografias para consumo ou divulgação, por parte daquele que as recebe?

A existência, ou não, de consentimento como decisão de concordância voluntária pode assumir um significado bastante intenso devido à idade da vítima. Surge assim a necessidade de conciliar a compreensão de crianças e jovens como sujeitos especiais, ou seja, necessitados de proteção e socialização, com o princípio de que são portadores de direitos em colisão com “a maior ou menor proximidade do limite que o legislador entendeu como relevante para a concessão de dignidade penal ao comportamento do arguido”⁷⁰.

Prevê o n.º 3 do art.º 176º “Quem praticar os atos descritos nas alíneas a) e b) do n.º 1 recorrendo a violência ou ameaça grave é punido com pena de prisão de um a oito anos.” O artigo não esclarece a questão, simplesmente o n.º 3 alude aos casos de consentimento viciado prestado pelo menor a participar em fotografias, filmes, espetáculos ou gravações pornográficas, mediante violência ou ameaça grave exercida por aquele que alicia ou utiliza o menor para esses fins.

⁶⁹ “Um groomer que ganha a confiança da criança pode convencê-la a tirar fotografias pornográficas a si mesma e enviá-las a si mesmo. (...) várias investigações sugerem que a pornografia é por vezes utilizada como método de sedução durante o processo de grooming, de forma a convencer a criança de que participar em atividades sexuais é não só normal como algo aceitável.” – Ana Isabel dos Santos, “Grooming sexual online de crianças”, FDUL, 2012 pág. 13 e 24

⁷⁰ Ac. do STJ, processo n.º 1287/08.6JDLSB.L1.S1, de 12 de novembro de 2014, relator Santos Cabral

O Tribunal Constitucional referiu que “(...) em certos casos, nomeadamente de pornografia infantil, o consentimento da vítima não justifica o comportamento do que auxilie, instigue ou facilite esse fim. É que, no respeitante ao relacionamento com os outros há deveres de respeito que ultrapassam o mero não interferir com a sua autonomia, há deveres de respeito e de solidariedade que derivam do princípio da dignidade da pessoa humana.⁷¹”.

Ora, sendo a maioridade para prestar consentimento fixada nos 16 anos de idade, o art.º 38º n.º3 do CP continua a não prescindir do critério do discernimento do menor para compreender o sentido e alcance do consentimento que preste. No entanto, o legislador no n.º 7 do art.º 177º prevê um agravamento da pena aplicada nos casos de pornografia de menores, em metade nos seus limites mínimos e máximos, quando o crime seja praticado com menores de 14 anos de idade, logo “parte da presunção “*juris et de jure*” que as crianças de idade inferior àquela idade de 14 anos, não possuem maturidade física e psíquica bastante para, sem prejuízo ao seu desenvolvimento equilibrado e harmónico, suportarem tais actos; mesmo que haja consentimento essa anuência é inválida e titula violência insanável sobre elas, atenta a falta de vontade lúcida e esclarecida para, naturalmente, se auto determinarem.”⁷² Também a maioria da doutrina vem afirmar que os menores de 14 anos não podem dar o seu assentimento para a prática de atos sexuais e que o assentimento prestado pelo menor de 16 anos para a produção de material pornográfico, pode ser um assentimento aparentemente válido, mas na verdade viciado, quando obtido por intimidação ou engano⁷³.

Compreende-se que os menores de 14 anos não possam consentir com qualquer conduta descrita pelo 176º do CP, pois devido à sua natural imaturidade não têm ainda capacidade de se autodeterminarem no âmbito da sexualidade e nessa medida qualquer ato que daí derive põe em causa o livre desenvolvimento da

⁷¹ Acórdão n.º 144/2004, de 10 de março de 2004, relatora Maria Fernanda Palma

⁷² Ac. do STJ, processo n.º/ 4/10.5GBFAR.E1.S1, de 12 de outubro de 2011, relator Armindo Monteiro

⁷³ José Mouraz Lopes, “Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal”, 2008, pág. 33, Rui Pereira, “Liberdade sexual: a tutela na reforma do CP”, in Sub Judice, n.º11, 1996, pág. 47 e Inês Ferreira Leite em “Tutela penal da liberdade sexual”, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, 2011, pág. 76

personalidade neste âmbito. “A intimidade é sempre devassada devendo considerar-se o consentimento irrelevante face à idade da vítima⁷⁴”. PEDRO SOARES ALBERGARIA e PEDRO MENDES LIMA, defendem que os maiores de 16 anos podem, no âmbito da sua liberdade de ação, pretender participar na produção do material pornográfico a até que o mesmo circule num círculo mais íntimo, sendo nestes casos forçado sustentar que a sua dignidade tenha sido afetada com a detenção por outrem do material pornográfico, porque o mesmo prestou um acordo que exclui a tipicidade da conduta daqueles que detém o material⁷⁵. Logo, os maiores de 14 anos podem dar o seu assentimento, sendo o mesmo válido quando se demonstre que foi espontâneo e verdadeiro.

Considera-se que a vontade do menor é livre e espontânea quando não tenha existido nenhuma espécie de abuso, de uma situação de imparidade ou de natural fragilidade da criança, isto é, quando não tenha existido intimidação ou aproveitamento. No entanto, esta vontade terá de preencher alguns elementos tais como: a idade do menor; o seu desenvolvimento, quer fisiológico, quer psicológico; o tipo de contacto sexual e a natureza de relação estabelecida entre a vítima e o agente que, em alguns casos pode não ser um adulto, mas sim um menor com idade superior a 15 anos de idade. Resumidamente, para haver acordo, a formação e manifestação da vontade tem de reunir três requisitos: consciência do significado sexual da conduta, capacidade de avaliar a relevância do ato sexual no sentido de que a maturidade exigida terá que ser proporcional à importância do ato sexual e por fim inexistência de elementos estranhos⁷⁶ no processo de formação da vontade do menor para que se possa determinar a espontaneidade e autenticidade da vontade⁷⁷. Vejamos, agora,

⁷⁴ Jorge de Almeida Cabral, “Abuso sexual de crianças, pornografia infantil”, Centro Português de Investigação em História e Trabalho Social, 2003, pág. 13

⁷⁵ Pedro Soares de Albergaria/ Pedro Mendes Lima, “O crime de detenção de pseudopornografia infantil- evolução ou involução?”, in *Julgar*, nº12, 2010, pág. 213 e 214

⁷⁶ Elementos estranhos serão todos aqueles que sejam suscetíveis de colocar o menor numa situação de erro ou de sujeição a uma vontade dominadora, sendo considerado como irrelevante o consentimento do menor prestado sob aproveitamento ou abuso do agente.

⁷⁷ Inês Ferreira Leite em “Tutela penal da liberdade sexual”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 2011, pág. 90 e 91 e “Pedofilia - Repercussões nas novas formas de criminalidade na teoria geral da infração”, 2004, pág. 93

casos em que o assentimento ou acordo da vítima não é válido nem eficaz e como tal não exclui nem a ilicitude nem a tipicidade.

INÊS FERREIRA LEITE, afirma que tal como no abuso de menores, também na pornografia de menores, pode haver consentimento prestado pelo menor de 14 anos através de: intimidação, convencimento ou mero aproveitamento da incapacidade natural para compreensão do ato ou para opor resistência ao menor. No primeiro caso, a criança acredita que não pode ou não vale a pena opor resistência sem que haja coação moral, violência ou ameaça de violência, no segundo caso, a criança acredita que a prática de tais atos é natural ou do seu interesse, ou a criança é convencida a praticá-los mediante oferta de dinheiro, prendas ou outras vantagens⁷⁸, por fim no terceiro, estão em causa como vítimas, crianças de tenra idade, 5 anos ou menos, que não compreendem a natureza sexual do ato ou não têm, sequer, capacidade para manifestar oposição⁷⁹.

Porém, verifica-se ainda outros tipos de aproveitamento, nomeadamente, o aproveitamento de posição de autoridade ou de relação hierárquica, em que o agente pode ser um professor, tutor, monitores de campos de férias, padres etc; aproveitamento de relação de dependência, seja essa relação familiar ou de dependência económica, física ou psíquica⁸⁰; aproveitamento da natural credulidade

⁷⁸ Temos como exemplo o caso do Ac. do STJ, processo nº 1287/08.6JDLSB.L1.S1, de 12 de novembro de 2014, relator Santos Cabral em que a menor de 15 anos, trancada no carro do arguido, com medo deste de uma eventual reação violenta para consigo acedeu a algumas insistências do arguido como à realização de sexo oral e posteriormente, mediante a entrega de 70 € consentiu que o arguido lhe tirasse fotografias nua em que para tal era-lhe exigido que se colocasse em determinadas posições.

⁷⁹ Podemos ter aqui situações de abuso sexual em que o abusador tira fotografias à criança durante o ato sexual ou situações em que são produzidos perante crianças vídeos pornográficos de modo a que estas posteriormente reproduzam o que viram, aliciando-se neste último caso à prática de espetáculos pornográficos como acontece no Ac. do STJ, processo nº 1291/10.4JDLSB.S1, de 12 de junho de 2013, relatora Isabel Martins.

⁸⁰ A título exemplificativo de relações de autoridade remetemos para o Ac. do STJ, processo nº 45/13.0JASTB.L1.S1 de 22 de abril de 2015, relator Sousa Fonte em que o treinador de um clube de futebol filmou os menores que treinavam na sua equipa a tomarem banho nos balneários do clube completamente nus. Também o Ac. do TRE, processo nº 48/10.7PATNV-A.E1, de 13 de agosto de 2010, relator João Nunes manteve a decisão da 1ª instância, de manter em prisão preventiva o arguido que vem sendo acusado de abuso sexual e de pornografia de menores da filha, devido à relação de parentesco entre si e a ofendida. Refere o Ac. do STJ, processo nº 1291/10.4JDLSB.S1, de 12 de junho de 2013, relatora Isabel Martins, que “Na “atividade sexual criminosa” o agente aproveita-se sexualmente de outra pessoa que é acessível ao seu contato, por ser da família, ou do seu círculo de amigos, ou do seu local de trabalho, ou por outra circunstância similar, fazendo-o pela força, ou pela intimidação, ou pela incapacidade da vítima em se defender, por exemplo, por ser menor. Nesses

das crianças com recurso ao engano ou ardil, isto é, quando o agente convence a criança de que aqueles atos são naturais, devidos ou obrigatórios e por fim podemos ter situações de aproveitamento da relevância natural ou da intimidação ambiental, que são aquelas situações em que o adulto, pelo simples facto de se tratar de pessoa mais velha, cria um temor ou predisposição para a obediência e submissão ou situações em que a colocação de uma criança num local ou ambiente onde esta se sente deslocada ou efetivamente isolada, pode constituir um modo de diminuir ou eliminar as resistências que de outro modo, a criança oporia⁸¹.

Poder-se-á ainda apurar outros casos sobre este tema, tais como: os problemas de falta de consciência da ilicitude, em que o menor até pode assentir ou consentir formalmente, mas esse assentimento ou consentimento é acompanhado de uma verdadeira falta de consciência da ilicitude, sendo que o aproveitamento dessa falta de consciência por parte do agente constitui um aproveitamento ou intimidação do menor o que por si mesmo é censurável⁸².

Contudo, em qualquer um destes casos, tem que se provar que efetivamente houve aproveitamento por parte do agente da falta de consciência do menor acerca da ilicitude da conduta para a qual consentiu ou para resistir, aproveitamento de posição de autoridade ou de relação com a vítima, seja ela qual for, intimidação ou convencimento, porque caso contrário não se poderá imputar ao agente a censurabilidade da conduta quando a vítima dê o seu consentimento, visto que qualquer presunção ilidível ou inilidível em direito penal e processo penal é contra a nossa Constituição porque viola dois princípios fundamentais: o princípio da culpa e da inocência⁸³.

Defendi, em relação ao BJ que o menor possui liberdade sexual em sentido amplo, na sua vertente, ora negativa, ora positiva e como tal não concordo com aqueles que entendem que a menoridade sexual seja fundamentada com base numa

casos, os crimes sexuais tendem a ter uma frequência por um período prolongado no tempo e a juntar os mesmos «parceiros», um deles vitimizado sucessivamente.”

⁸¹ Inês Ferreira Leite em “Tutela penal da liberdade sexual”, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, 2011, pág. 79 a 81

⁸² Inês Ferreira Leite em “Tutela penal da liberdade sexual”, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, 2011, pág. 93 e 94

⁸³ Manuel da Costa Andrade, “Consentimento e Acordo em Direito Penal”, 1991, Pág. 668

idade concreta definida pela lei. Certo é que a validade do consentimento nunca pode ser delimitada pela cláusula dos bons costumes, porque o exercício dos direitos fundamentais não podem estar sujeitos a considerações desta natureza, porque o CP em matéria de sexualidade já evoluiu nesse ponto e porque, se assim fosse, o BJ a considerar nunca poderia ser a liberdade sexual do menor⁸⁴.

Podemos, sim, defender que alguns menores devido à pouca idade que têm, não desenvolveram ainda as competências necessárias para consentir na produção de material pornográfico, como são os casos de menores de 4 ou 5 anos de idade, mas quando falamos de menores de 12 ou 13 anos torna-se difícil suportar a argumentação de que não possuem maturidade para prestar um consentimento válido. A regra parece apontar no sentido de que os maiores de 14 anos possuem mais maturidade para prestar consentimento que os menores de idade inferior, mas não é assim tão linear, tudo depende do caso concreto. Pode, numa situação em específico, um menor de 12 anos devido às suas vivências possuir maior maturidade para consentir que um menor de 14 anos de idade. Evidentemente, o processo de decisão do menor é formado por um processo de socialização onde este adquire competência intelectual, moral e emocional para tomar as suas próprias decisões de carácter sexual, daí ser portador de liberdade sexual mesmo que tenha menos de 14 anos de idade. Não esqueceremos que o art.º 38 nº3 do CP menciona o “discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance”, a grande falha deste nº3 é vincular a eficácia do consentimento aos menores de 16 anos de idade, retirando aos menores dessa idade a sua liberdade sexual.

Portanto, os critérios de validade do consentimento prestado pelo menor devem basear-se nos critérios supramencionados e não se cingir a um patamar etário definido à priori. Conforme afirma SANCHES TOMÁS “o menor de 12 anos deverá poder pronunciar-se sobre a sua sexualidade, pelo que não deverá presumir-se que

⁸⁴ por Inês Ferreira Leite, em “Pedofilia - Repercussões nas novas formas de criminalidade na teoria geral da infração”, 2004, pág. 93

todo aquele que ainda não completou os 12 anos não tem maturidade para compreender o sentido de uma relação sexual.”⁸⁵

Sendo reconhecida a liberdade sexual do menor como BJ, qualquer acordo livre e esclarecido que este preste, não pode ser qualificado como afronta ou sacrifício ao BJ em causa, mas sim como realização do BJ e nessa medida esse acordo tem de ser válido. Logo, a aceitação do consentimento do menor pode assumir relevância jurídica em alguns casos, sendo que nesses casos, exclui a ilicitude da conduta, porque a serem essas condutas punidas significariam uma restrição injustificada da liberdade sexual do menor.

⁸⁵ Citado por Inês Ferreira Leite, em “Pedofilia - Repercussões nas novas formas de criminalidade na teoria geral da infração”, 2004, pág. 88

3.4 A detenção e o visionamento de material pornográfico para autoconsumo

Serão os casos de mera aquisição ou detenção de material pornográfico sem intenção de o distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder, que alguns autores defendem como situações de aquisição ou detenção para “consumo próprio”, suscetíveis de punição? A questão que se coloca essencialmente é, se o agente que pratica esta conduta querendo apenas a sua própria satisfação sexual deve ser punido.

A DECISÃO-QUADRO 2004/68/JAI no art.º 3º/2 als. b) e c), permite que os Estados-Membros possam isentar de responsabilidade criminal os comportamentos associados à pornografia infantil em que se utilizem menores, nos casos de produção e posse de imagens de crianças, que tenham alcançado a maioridade sexual, se essas imagens forem produzidas e possuídas com o consentimento válido daquelas e unicamente para uso pessoal, desde que não implique o risco de divulgação do material. Serve de exemplo, o consentimento e acordo de dois adolescentes de 16 anos de idade na prática de atos sexuais de relevo e simultaneamente na filmagem daquele ato para que possam mais tarde visualizar. Parece, assim, que este diploma desvaloriza a conduta da produção do material face ao consentimento e face ao consumo próprio do referido material. Sobre o consentimento falaremos mais à frente em relação ao nº3 do art.º 176º, cabe agora tratar a questão do consumo de pornografia de menores.

Analisamos, anteriormente, que o menor pode prestar o seu consentimento para a prática destes atos desde que válido e eficaz, permitindo a lei este tipo de consentimento quando esteja em causa menores com mais de 16 anos, desde que possuam o discernimento necessário para avaliar a sua conduta (38º nº3 CP). Assim, não deve o Direito Penal intervir nestes casos porque o que verdadeiramente acontece é que o menor está a exercer o seu direito à liberdade sexual. Mais, se o CC (art.º 129º, 132º e 1601º a contrário) permite que o menor com 16 anos ou mais contraia casamento, não se entende o porquê de restringir a liberdade e a autodeterminação sexual do menor em absoluto.

No entanto, na realidade surgem situações muito mais controversas, onde envolvem mais do que um crime, onde não há consentimento e onde a produção dos vídeos na maioria dos casos não se limitam sequer à detenção para consumo, mas sim para a sua divulgação.

Inevitavelmente, a grande maioria dos casos de pedopornografia está relacionada com o crime de abuso sexual ou coação sexual de menores. Muitas vezes, é no decorrer da prática de atos sexuais de relevo com menores, que surge a produção do material pornográfico, seja fotografias, filmes ou produção de espetáculos online, sendo que nas duas primeiras situações, as imagens que daí derivem destinam-se a posterior divulgação, algumas vezes com vista ao fim lucrativo outras vezes sem esse fim. São exemplos deste tipo de situações: o arguido que iniciou conversas com menores através de um chat, pediu que se despissem e se masturbassem (algumas vezes ameaçando os menores quando se recusavam a aceder ao seu pedido) enquanto mantinha a conversação e ao mesmo tempo gravava as imagens que eram transmitidas pela webcam, tendo mais tarde transferido esses ficheiros de vídeos para um disco rígido à parte.⁸⁶ Ou o arguido que, enquanto, cometia atos sexuais de relevo com menores filmava-os ao mesmo tempo, partilhando posteriormente essas imagens em sites pornográficos⁸⁷. Situações mais graves são aquelas em que autor do crime abusa sexualmente do menor filmando, através de uma webcam ligada a um computador, os referidos abusos e difundindo-os para a internet em tempo real, recebendo ao mesmo tempo instruções de quem estava a assistir ao abuso⁸⁸ ou ainda situações de troca de ficheiros de conteúdo pornográfico (mais concretamente de pais a abusarem sexualmente dos filhos) através de um website para preparação de encontros com o objetivo e abusarem sexualmente dos menores⁸⁹.

Não temos qualquer dúvida que todos estes casos são merecedores de tutela penal pela grande ofensividade que criam ao BJ do menor, pela produção do material

⁸⁶ Condenado pelo TRE no crime de abuso sexual de crianças e pornografia de menores, processo nº 87/10.8GGODM.E1, de 12 de julho de 2016, relator António João Latas

⁸⁷ Condenado pelo STJ no crime de abuso sexual de crianças e pornografia de menores, processo nº 1291/10.4JDLSB.S1 de 12 de junho de 2013, relatora Isabel Pais Martins

⁸⁸ Caso “Cathedral” e “Wonderworld”, in Inês Ferreira Leite, em “Pedofilia - Repercussões nas novas formas de criminalidade na teoria geral da infração”, 2004, pág. 15 e 16

⁸⁹ Manuel Eduardo Magriço, “A exploração sexual de crianças no ciberespaço”, 2014, pág. 42

pornográfico e pela divulgação, exibição, (...), do mesmo. No entanto, aqui surge a questão do visionamento. Será aquele que apenas visiona estas condutas, deve ser punido da mesma forma que aquele que dá instruções? Será que aquele que visiona sem dar instruções é merecedor de uma pena igual àquele que faz o download dos ficheiros disponibilizados na internet? Todos devem ser punidos pelas suas condutas, que indiretamente influenciam a produção deste tipo de material, ou nenhum deve ser punido porque não o produzem diretamente? A lei refere que, aquele que adquirir ou detiver material pornográfico com o propósito de os distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder é punido com pena de prisão até 5 anos (176º nº1 al. d), aquele que adquirir, detiver, aceder, obtiver ou facilitar o acesso através de sistema informático é punido com pena de prisão até 2 anos (nº 5) e ainda quem assistir ou facilitar acesso a espetáculo pornográfico envolvendo a participação de menores de 16 anos é punido com pena de prisão até 3 anos (nº6).

Para JOSÉ MOURAZ LOPES a aquisição ou detenção de material pornográfico com intenção de o distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder é criminalmente punível pelo nº1, mas já não é assim quando se demonstre que a utilização é para consumo próprio porque a norma através do nº4 não pretende punir o visionamento ou a consulta, nomeadamente quando esteja em causa material que circule no espaço virtual ou digital. Questão diferente é a descarga da internet deste material, para o disco rígido, por exemplo. Nestes casos, o visionamento continua a não constituir crime, mas havendo a descarga só se poderá considerar crime quando se verificar que existe o tipo de culpa subjetivo, isto é, a existência de dolo⁹⁰.

Também para PAULO PINTO de ALBUQUERQUE, a detenção não inclui a mera consulta de material pornográfico, mas sim o download deste material, logo parece que o simples visionamento ou consumo através de internet não deve ser punido mas já o será sempre que se faça um download do mesmo⁹¹.

⁹⁰ José Mouraz Lopes, “Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal”, 2008, pág. 155 e 159 e Ana Paula Rodrigues, “Pornografia de menores: Novos desafios na investigação e recolha de prova digital”, in Revista do CEJ nº15, 2011, Pág. 273

⁹¹ Paulo Pinto de Albuquerque, Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 2008, pág. 488

Por sua vez, PEDRO SOARES de ALBERGARIA e PEDRO LIMA, afirmam que podemos estar perante dois crimes distintos. Quando, na prática do crime, além do dolo existe uma intenção de produção do resultado distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder o crime é de intenção, mas se não existir essa especial intenção do agente, o crime é de detenção pura sendo que a lei pretende antecipar a tutela⁹². Mesmo nas condutas que não impliquem nem visem a divulgação, o potencial lesivo é afastado por tendencialmente ou em concreto não haver acesso generalizado de terceiros a tais imagens, porém mesmo concedendo que o perigo de lesão é substancialmente menor, a mera existência de tal material na posse de alguém implica, um aproveitamento por parte dessa pessoa, da lesão da liberdade ou autodeterminação sexual do menor que foi verificada no momento da produção do material, e em todo o caso, o detentor com a permanente disponibilidade de visionamento dessa lesão, contribui para a potencial perturbação psicológica e/ou relacional do menor⁹³. Logo, no entender destes autores a mera detenção é crime, dado que aquele que meramente detém, ainda sem ter como propósito a difusão, é sempre centro autónomo de uma potencial difusão daquele material.

Ainda, INÊS FERREIRA LEITE defende que a pornografia de menores tem um grau de lesão na liberdade sexual do menor elevado na medida em que permite a durabilidade do suporte e produz efeitos nefastos condicionando a liberdade sexual do menor, logo a intensidade de perigosidade associada à posse de material pornográfico em que foi utilizado um menor justifica a incriminação⁹⁴. Igualmente, “a mais recente conclusão da ciência psicológica vai no sentido de que o desenvolvimento sexual da criança pode ser mais duramente prejudicado pela sua participação em manifestações pornográficas do que por muitos dos toques sexuais no seu corpo”⁹⁵.

⁹² Pedro Soares de Albergaria/ Pedro Mendes Lima, “O crime de detenção de pseudopornografia infantil- evolução ou involução?”, in *Julgar*, nº12, 2010, pág. 200

⁹³ Pedro Soares de Albergaria/ Pedro Mendes Lima, “O crime de detenção de pseudopornografia infantil- evolução ou involução?”, in *Julgar*, nº12, 2010, pág. 208

⁹⁴ Inês Ferreira Leite em “Tutela penal da liberdade sexual”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 2011, pág. 54 e 57

⁹⁵ Maria João Antunes e Cláudia Santos, “Comentário Conimbricense ao Código Penal”, anotação ao art.º 176º, 2012, pág. 836

Também a jurisprudência portuguesa tem-se pronunciado sobre estes assuntos.

Para o TRC, “Preenche o crime de pornografia de menores o arguido que guarda no seu computador imagens de crianças do sexo masculino, nuas e em poses de exibição dos órgãos sexuais. (...) É assim claro, em face do referido n.º4 (no qual foi integrada pela decisão recorrida a conduta do arguido) que ali se integra a mera detenção – mesmo sem fim ou intenção de divulgação perante terceiros - de fotografias, filmes ou gravações de conteúdo pornográfico em que haja representação de menores.”⁹⁶

Concretamente, sobre o download, o TRL pronunciou-se no sentido de que “O download de material pornográfico relativo a menores, não se tendo provado a intenção de partilha, constitui a prática de crime de aquisição ou detenção de pornografia de menores previsto e punido pelo artigo 176º, n.º 4 al. d), do Código Penal. O download não constitui "importação de pornografia de menores", crime previsto e punido pelo artigo 176º, n.º 1 alínea c) do CP.”⁹⁷ Em sentido idêntico, “(...) o recorrente se serviu do acesso à internet e através de determinado programa para os obter e, depois, os guardar nos computadores e nos discos rígidos externos, partilhando alguns deles, (...) não se compadece com a acção de importar esses materiais, ainda que, ao nível meramente informático, tal possa ser sinónimo de “download” (...) não se aceitando que a circunstância de se fazer o dito “download” dos mesmos, que é meio comum de obtenção, se configure como actividade importadora, por maioria de razão quando o legislador a coloca a par de outras como a produção, distribuição e exportação de materiais. Aliás, a seguir-se diferente entendimento, dificilmente a conduta de qualquer agente escaparia, em termos de procedimentos de acesso e de “download” vulgarmente utilizados, à subsunção a essa vertente, o que não pode ter constituído propósito do legislador, dada a irrazoabilidade que a ausência de distinções comportaria para a diversidade de actos que a realidade oferece, inevitavelmente havendo que ponderar a sua gravidade. (...) A importação aí em vista tem de associar-se a comercialização dos materiais

⁹⁶ Processo nº 347/08.JACBR.C1, de 2 de abril de 2014, relator Belmiro Andrade

⁹⁷ Processo nº 3147/08.JFLSB.L1-5 de 15 de dezembro de 2015, relatora Ana Sebastião

pornográficos (...).”⁹⁸, decidiu o TRE. Em sentido contrário, entendeu o TRP que, “Fazer download de dados de pornografia de menores, de um servidor para o seu dispositivo informático pessoal, relativos a ficheiros de imagens, integra o conceito de importar previsto na al. c) do n.º 1 do art.º 176.º CP.”⁹⁹

De certa forma, temos que concordar com INÊS FERREIRA LEITE, na medida em que a posse de material pornográfico constitui sempre um grande perigo para o BJ do menor, nem que seja somente, no elevado risco de divulgação (pelas condutas descritas na al. d) desse material a terceiros, mesmo que inicialmente se limitasse para o consumo próprio, ou porque se o download de material pornográfico não for punido, acabará por incentivar a produção e divulgação desse material¹⁰⁰ através da internet onde é fácil, dada a evolução da tecnologia, publicar esse tipo de material de modo secreto sem que o IP do computador seja identificado por investigações policiais. No entanto não podemos deixar ao encargo do direito penal todos e quaisquer riscos ou perigos a que a sociedade esteja sujeita, porque como a própria autora defende “ao insistir em proibições absolutas no campo da liberdade sexual, confundido BJ com moralidade dominante, o direito penal perde a sua importante função pedagógica e falha na sua prevenção geral”¹⁰¹.

Relembro que, derivado do princípio da necessidade ou da máxima restrição das penas e medidas de segurança, constitucionalmente previsto pelo art.º 18.º/2 da CRP, há uma área em que o Direito Penal não pode intervir, sob pena de impedir o livre exercício dos direitos fundamentais, como tal, puras violações morais ou ofensas

⁹⁸ Processo n.º 524/13.0JDLSB.E1 de 17 de março de 2015, Relator Carlos Berguete

⁹⁹ Processo n.º 4190/11.9TAGDM.P1 de 3 de dezembro de 2014, Relator Artur Oliveira

¹⁰⁰ “Sabe-se, dos termos gerais da «lei da oferta e da procura» que, inexistindo «clientes», menos o sistema económico ou de outro tipo produzirá aquilo que o ordenamento jurídico proíbe.” André Lamas Leite, “As alterações de 2015 ao código penal em matéria de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexuais- nótulas esparsas”, in *Julgar*, n.º 28, 2016, pág. 70.

¹⁰¹ Inês Ferreira Leite em “Tutela penal da liberdade sexual”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 2011, pág. 40 Partilhando este entendimento, Luciana de Oliveira Costa, “A difusão de pornografia infantil pela internet: sentido e limites de uma incriminação”, *FDUL*, 2005/2006, pág. 78 e 79: “O facto de o consumidor ser mera fonte de perigo não permite que o Direito Penal venha a punir a posse de pornografia infantil em nome da proteção de danos mediatos, meramente potenciais, provocados pelo consumidor, ou ainda, mais remotamente, pelas consequências laterais do consumo. Isso porque não se pode justificar a intervenção do Direito Penal como exclusivo meio de prevenção geral, utilizando-se a punição do consumo como forma de atingir as consequências potenciais e indiretas do mesmo.”

a proposições ideológicas não comportam sanção penal¹⁰². Também designado de princípio da subsidiariedade, o legislador só recorre ao DP quando não dispõe de outro mecanismo melhor para efetivar o controlo social. Assim sendo, a pena e a intervenção deste ramo do Direito, só é necessária quando não existe outro mecanismo de reação alternativo tão ou mais eficaz. A limitação do Direito Penal depreende-se do princípio da proporcionalidade, que estipula que o DP enquanto meio com as mais duras intromissões na liberdade do cidadão, só pode intervir quando outros meios menos duros não prometam ter êxito suficiente, a pena é vista como proteção subsidiária dos bens jurídicos em ultima ratio. Ao DP não deve caber uma função promocional que o transforme de direito de proteção de direitos fundamentais, individuais e coletivos, em instrumento de governo da sociedade.¹⁰³

Mais, com a revisão do CP em 1995, a função do direito penal deixou de ser a tutela da moral e dos bons costumes, e nessa medida considero mais correto considerar que o consumo ou visionamento não deve ser punido e que aquela conduta de aquisição ou detenção sem aqueles propósitos, não merece intervenção penal pelo simples facto de que o mero desejo de um adulto por um menor como forma de auto-satisfação sexual, por mais doentio ou imoral que se possa considerar ou ainda por maior que seja o perigo que isso acarrete para a liberdade sexual da vítima, não deve ser criminalizado sob pena de se colocar em risco os valores de convivência fundados na liberdade dos indivíduos que caracterizam o Estado Social Democrático de Direito¹⁰⁴. Punir o mero consumo parece como FIGUEIREDO DIAS diz “tutelar

¹⁰² Luciana de Oliveira Costa, “A difusão de pornografia infantil pela internet: sentido e limites de uma incriminação”, FDUL, 2005/2006, pág. 73

¹⁰³ Em concordância, entende Roxin que “ao legislador falta em absoluto a legitimidade para punir condutas não lesivas de bens jurídicos, apenas em nome da sua imortalidade”. Na formulação de Morris/ Hawkins, “Do ponto de vista do direito penal, cada pessoa tem o inalienável direito de ir para o inferno à sua própria maneira contando que não lese directamente a pessoa ou propriedade alheias. O direito penal não é o instrumento indicado para impor aos outros a rectidão de vida”. Entre nós Figueiredo Dias considera “Porque o homem deve ser inteiramente livre no seu pensamento, na sua convicção e na sua mundividência – só deste modo se constituindo uma sociedade verdadeiramente pluralista – ao Estado falece, por inteiro, legitimidade para impor, oficial e coativamente, quaisquer concepções morais, para tutelar a moral ou uma certa moral: neste campo tudo deve ser deixado à livre decisão individual”. Todos estes autores são citados por Manuela da Costa Andrade em “Consentimento e Acordo em Direito Penal”, 2004, Pág. 387.

¹⁰⁴ No mesmo sentido, Jorge Duque, “Prevenção e Investigação do Crime de Pornografia de Menores”, FDUL, 2006-2007, pág. 34, Ana Rita Alfaiate, “A relevância penal da sexualidade dos menores”, 2009, pág. 120 e Pedro Soares de Albergaria/ Pedro Mendes Lima, “O crime de detenção de pseudopornografia infantil- evolução ou involução?”, in *Julgar*, nº12, 2010, pág. 201

um interesse demasiado longínquo, pois a lesão do bem jurídico já foi consumada, quando se utilizaram as crianças nas gravações pornográficas”¹⁰⁵. Identicamente, Inês Ferreira Leite, “(...) para salvaguardar o verdadeiro bem jurídico que aqui está em causa – a liberdade sexual da criança – não é necessária uma incriminação tão restrita da liberdade, o mesmo objetivo é mais eficazmente conseguido pelas incriminações já existentes.”¹⁰⁶

É comum que, aquele que descarrega imagens ou filmes pornográficos da internet tencione, além de visualizar esse material, partilhá-lo no momento (através de software de partilha em que ao mesmo tempo que o ficheiro é descarregado, é automaticamente partilhado na rede) ou posteriormente, sendo que nestes casos, não há qualquer dúvida que o DP deve intervir porque mais do que o visualisamento desse material existe a sua divulgação, contribuindo assim para o tráfico da pornografia de menores¹⁰⁷. Também não existe dúvida que aquele que, enquanto visualiza espetáculos online, dá indicações ao abusador sexual, deve ser punido mais que não seja porque está a contribuir na produção do material pornográfico ainda que não tenha intervenção física no mesmo. Mas, nos casos em que se prove que o download desse tipo de material não se destine a posterior distribuição, exportação, divulgação, exibição ou cedência¹⁰⁸, mas sim para “autoconsumo sexual”, entendo que a conduta não entra no âmbito do direito penal, isto porque o consumo de pornografia de menores independente do zelo para se conter, é um mal inevitável que irá sempre existir¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Jorge Figueiredo Dias, “Comentário Conimbricense ao Código Penal”, ponto 3 da anotação ao art.º 172º, 1999, pág. 542

¹⁰⁶ Inês Ferreira Leite, em “Pedofilia - Repercussões nas novas formas de criminalidade na teoria geral da infração”, 2004, pág. 64

¹⁰⁷ Ambas as situações foram objeto de apreciação e decisão pelo TRE, processo nº 524/13.0JDLSE.E1, de 17 de março de 2015, relator Carlos Berguete e processo nº 72/15.3JASTB.E1, de 2 de fevereiro de 2016, relatora Ana Barata Brito

¹⁰⁸ “Trata-se de um elemento redutor que define as circunstâncias em que se assume a conduta como ação típica”, Ana Paula Rodrigues, “Pornografia de menores: Novos desafios na investigação e recolha de prova digital”, in Revista do CEJ nº15, 2011, Pág. 271

¹⁰⁹ Esta ideia é retirada da reportagem “Quebrar silêncios”, emitida pela SIC notícias onde o Diretor da Polícia Judicial de Setúbal admite que “é recorrente no caso da pornografia de menor o agressor voltar ao mesmo”, disponível em: <http://sicnoticias.sapo.pt/pais/2016-11-15-Reportagem-Especial-sobre-abusos-sexuais-a-criancas-e-adolescentes>

Diferentemente do que acontece com o tráfico de estupefacientes¹¹⁰, em que através do consumidor se consegue chegar ao produtor, no crime de pornografia de menores esses meios tornam-se em regra inúteis, porque na generalidade dos casos o consumidor não conhece o verdadeiro produtor. Sendo que, o material utilizado para consumo de pornografia de menores, hoje em dia é maioritariamente obtido por download da internet, havendo, como se viu, sites de descarga que automaticamente partilham para outros sites, logo, são quase nulas as situações em que o consumidor conhece ou sabe quem é o verdadeiro produtor daquele material. No entanto, nem tudo é assim tão linear.

Há também situações, embora excecionais, em que é através dos downloads ou da apreensão de material informático que se chega ao verdadeiro produtor, como aconteceu com o Wonderland Club, mas ainda assim, entendo que as investigações criminais devem focar-se na prevenção do tráfico de pornografia e não no consumo, não se centrando tanto em verdadeiras perseguições ao mero consumidor que visualiza aquelas imagens para satisfação dos seus impulsos sexuais, porque se assim for, estaremos a restringir a própria liberdade sexual do adulto¹¹¹. Nas palavras de LUCIANA COSTA, se a conduta do mero consumo fosse punida, estaríamos

¹¹⁰ Outra grande diferença reside no facto de que nos crimes de tráfico punem-se condutas que não lesam de forma imediata bens jurídicos fundamentais nem pressupõem esta lesão para a sua existência, mas que contribuem para a lesão mais que provável destes bens jurídicos, enquanto que na pedopornografia, toda a conduta teve que se basear na lesão efetiva de um bem jurídico fundamental em concreto, isto é, a liberdade sexual da criança utilizada na produção do material. Neste sentido, Inês Ferreira Leite, em “Pedofilia - Repercussões nas novas formas de criminalidade na teoria geral da infração”, 2004, pág. 60

¹¹¹ Inês Ferreira Leite, em “Pedofilia - Repercussões nas novas formas de criminalidade na teoria geral da infração”, 2004, pág. 86, afirma que: “Do ponto de vista da vítima, sempre seria indiferente saber se o agente pretendia satisfazer os seus instintos ou somente produzir material pornográfico. A lesão do bem jurídico ocorrerá de qualquer forma, por ventura poderá ser ainda mais intensa neste último caso.” Por isso mesmo defendemos, que sendo mais intensa a conduta do agressor que produz o material, a investigação deve gerar em torno deste. Luciana Costa partilha deste entendimento quando afirma que “(...) não existem, (...), razões suficientes para a criminalização da mera posse de pornografia infantil, visto que tal medida se mostra contrária ao princípio da intervenção mínima do Direito Penal, que pressupõe a utilização de meios menos drásticos na luta contra este tipo de indústria pornográfica, devendo concentrar-se na punição do vendedor, e não daquele que compra.”, em “A difusão da pornografia infantil pela internet: sentido e limites de uma incriminação”, FDUL, 2005/2006, pág. 77. Em sentido contrário, Pedro Soares de Albergaria/ Pedro Mendes Lima, “O crime de detenção de pseudopornografia infantil- evolução ou involução?”, in *Julgar*, nº12, 2010, pág. 200: “Com a punição da detenção de material pornográfico visar-se-ia também sancionar potenciais ou efetivos abusadores de crianças ou distribuidores de material daquela natureza, sem necessidade de demonstrar que o tenham realmente sido.”

realizando uma regressão ad infinitum em busca das causas do resultado e, poderíamos chegar a pensar também na conveniência de criminalizar, por exemplo, a fabricação de armas porque assim acabaríamos com os homicídios praticados por elas, ou de veículos a motor, porque isso permitiria colocar um fim às inúmeras mortes e lesões que o seu uso proporciona¹¹². Além disso, devido às novas tecnologias qualquer pessoa corre o risco de ser possuidora de filme ou imagem pornográfica, basta, por exemplo, que num grupo de conversa entre amigos um deles envie uma imagem para que os restantes possuam essa imagem no seu telemóvel mesmo que não guardem essa imagem no álbum de fotos do seu telemóvel¹¹³. Não pretendo reconhecer o direito a consumir pornografia de menores como se de um direito absoluto se tratasse, mas além da moral e dos sentimentos gerais da sociedade, não encontramos, um verdadeiro bem jurídico que seja posto em risco de forma clara¹¹⁴.

Posto isto, não deve ser punida a conduta do download, exceto quando se consiga provar que o download teve como finalidade a posterior distribuição, exportação, divulgação, exibição ou cedência, ou seja que o download serviu como ato preparatório à prática do tipo objetivo do crime, nem o visualisamento exceto quando o visualizador dá expressamente ordens ao abusador das imagens que pretende ver. Note-se que a consumação do facto, isto é, a agressão ao BJ, deu-se com a produção do material pornográfico, sendo que o que acontece é que o consumidor simplesmente aproveita-se daquele ilícito já praticado, para satisfazer os seus impulsos sexuais¹¹⁵.

¹¹² Luciana Costa, em “A difusão da pornografia infantil pela internet: sentido e limites de uma incriminação”, FDUL, 2005/2006, pág. 80

¹¹³ Benjamim Rodrigues em “Direito Penal, Parte Especial, Tomo I, Direito Penal Informático-Digital”, 2009, pág. 419 dá um exemplo muito parecido: “cada um de nós pode ter “na sua posse” – inocentemente- materiais pornográficos sem disso ter consciência, basta pensar num e-mail enviado, e não aberto ou consultado, que traz acoplados tais materiais, em ficheiro áudio ou imagem, e já se encontra acessível no nosso “domicílio informático” (“inbox” ou “caixa de correio electrónico”)”.

¹¹⁴ Assim, Inês Ferreira Leite, em “Pedofilia - Repercussões nas novas formas de criminalidade na teoria geral da infração”, 2004, pág. 65

¹¹⁵ Também Luciana Costa, em “A difusão da pornografia infantil pela internet: sentido e limites de uma incriminação”, FDUL, 2005/2006, pág. 77 perfilha este entendimento: “O problema da pornografia infantil reside no início da cadeia de tráfico, e não no consumidor final, que nada mais é do que uma pessoa que sente desejos sexuais por menores de idade, sendo certo que a proibição da mera posse de material pornográfico infantil não representa uma solução ao problema, porquanto o sujeito ativo não deixará de sentir aquela atração física, independentemente de qualquer punição que venha a sofrer e, logo, continuará consumindo material dessa espécie.”

Citando, ANA RITA ALFAIATE, “estas condutas surgem numa relação de ofensividade subordinada relativamente ao comportamento daquele que utilizou ou aliciou o menor (...) o espaço de realização do BJ foi intercetado pela conduta do que utilizou ou aliciou o menor para a produção do material”¹¹⁶. Como JORGE de ALMEIDA CABRAL exemplifica, “não podemos entender, como é que alguém que hoje possui um filme de pornografia infantil rodado nos anos 30 do século passado, pode estar a lesar o desenvolvimento dos que hoje são anciãos ou porventura já morreram.”¹¹⁷

PEDRO SOARES de ALBERGARIA e PEDRO LIMA¹¹⁸ citam dois argumentos usados pelo Governo estadunidense a favor da incriminação do consumo de pornografia infantil. O primeiro argumento incidia no perigo daquele material estimular os consumidores a executarem atos lesivos ao desenvolvimento sexual dos menores e o segundo qualificava esse consumo como instrumento de aliciar os menores a esses atos lesivos. Tal como estes autores, também não posso concordar com estes argumentos na medida em que, nem a própria ciência consegue comprovar um nexo de causalidade entre o consumo e o estímulo à prática de atos lesivos, muito pelo contrário o visualisamento daqueles conteúdos para satisfação dos impulsos sexuais funciona em certa medida como contenção da violência sexual. Quanto ao segundo argumento, mais uma vez nada nos prova que exista verdadeiramente um nexo de causalidade entre o consumo e a utilização desse material para sedução dos menores.

Ainda sobre este assunto, o nº4 do art.º em causa visa punir a conduta de aquisição e detenção de material pornográfico com aqueles propósitos nos casos de

¹¹⁶ Ana Rita Alfaiate, “A relevância penal da sexualidade dos menores”, 2009, pág. 114, Pedro Soares de Albergaria/ Pedro Mendes Lima, “O crime de detenção de pseudopornografia infantil- evolução ou involução?”, in *Julgar*, nº12, 2010, pág. 206 e 207: “(...) dificilmente pode aceitar-se uma adequada ligação entre a detenção de material pornográfico e a lesão da liberdade ou autodeterminação sexual dos menores. (...) sob um ponto de vista retrospectivo, a lesão já se consumou, sem concurso do detentor, quando este vem à detenção do dito material; de um ponto de visto prospectivo, é pouco convincente e mesmo forçado, (...) assentar nessa detenção lesões futuras da liberdade ou autodeterminação sexual dos menores ou de outros menores.”

¹¹⁷ Jorge de Almeida Cabral, “Abuso sexual de crianças, pornografia infantil”, Centro Português de Investigação em História e Trabalho Social, 2003, pág. 19

¹¹⁸ Pedro Soares de Albergaria/ Pedro Mendes Lima, “O crime de detenção de pseudopornografia infantil- evolução ou involução?”, in *Julgar*, nº12, 2010, pág. 201 a 204

material pornográfico com representação realista do menor, porque fora desses casos a al. d) e o n.º5 encarregam-se de criminalizar a conduta do agente. Sobre a questão de pornografia de menores com imagens realistas de menores, falaremos mais a frente em relação ao crime de pornografia de menores privilegiado.

Em jeito de conclusão, não posso concordar com MARIA JOÃO ANTUNES e CLÁUDIA SANTOS, quando classificam a mera aquisição ou posse de material pornográfico sem o propósito de os distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder como crime de pornografia de menores privilegiado nos termos do n.º1 al d) em conjugação com o n.º4¹¹⁹.

¹¹⁹ Maria João Antunes e Cláudia Santos, “Comentário Conimbricense ao Código Penal”, anotação ao art.º 176º, 2012, pág. 885

3.5 Pornografia de menores qualificada

Para que o crime em análise seja considerado como qualificado, é necessário que o agente pratique, as condutas descritas no n.º 1, profissionalmente ou com intenção lucrativa. Efetivamente, o elemento do tipo é “o animus lucrandi” que qualifica estas condutas como criminosas e realiza a necessidade de punir mais severamente quem vive desta atividade e por isso a dissemina¹²⁰.

Por atividade profissional, entende-se uma atividade permanente ou praticada com certa habitualidade, mesmo que não seja exclusiva, e que o agente faça dessa atividade o seu principal modo de vida. Já por intenção lucrativa entende-se que pode ser uma atividade meramente pontual ou esporádica¹²¹. Portanto, as atividades que trazem ganhos efetivos para o agente são atividades profissionais, por outro lado, as que trazem ganhos possíveis são atividades realizadas com intenção lucrativa.

Deste modo, não basta que o agente represente e aceite o lucro como consequência lateral, possível ou mesmo necessária da conduta, o lucro ou o enriquecimento têm de constituir a finalidade pretendida pelo agente. Juridicamente, não basta que se verifique na conduta do agente dolo necessário (art.º 14º/2 CP) ou dolo eventual (art.º 14º/3 CP), para que o tipo se encontre preenchido, é sempre necessário que exista uma intenção de lucro, intenção essa prevista pelo art.º 14º/1 CP.

Contudo, o crime em análise deixa de ser qualificado se o agente que produz, distribui, importa, exporta, divulga, exhibe e cede material pornográfico ou adquire e detém com aqueles propósitos (als. c) e d) e utilizar material pornográfico com representação realista do menor. Nos casos de imagens com representação realista de menor, o crime deixa de ser qualificado e passa a privilegiado, como se verá de

¹²⁰Ana Paula Rodrigues, “Pornografia de menores: Novos desafios na investigação e recolha de prova digital”, in Revista do CEJ n.º15, 2011, Pág. 271

¹²¹ Neste sentido, Leal-Henriques/ Simas Santos “Código Penal anotado, Vol. II”, 2000, pág. 431 e José Mouraz Lopes, “Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal”, 2008, pág. 91

Limites à incriminação na Pornografia de Menores:
A tutela da liberdade de criação artística

seguida, mesmo que continue a existir uma intenção lucrativa ou que se destine a atividade profissional.

3.6 Pornografia de menores privilegiada ou liberdade de criação artística?

a) Definição do conceito representação realista do menor e o âmbito de incriminação do 176º nº4

Quando nos referimos a pornografia de menores privilegiada, falamos de situações em que o agente pratica os atos descritos no nº1 als. c) e d), utilizando material pornográfico com representação realista do menor (nº4). O elemento que privilegia o crime é a representação realista do menor, onde, não é identificável um BJ que se possa tutelar, e por isso não está em causa nem a liberdade nem a autodeterminação sexual porque não existem naquelas imagens, filmes ou gravações, verdadeiramente menores ou outras pessoas que aparentam ser menores, segundo a classificação de JOSÉ MOURAZ LOPES¹²².

PAULO PINTO de ALBUQUERQUE, entende que a representação realista inclui não apenas a ficção de menor como a utilização de pessoa real com aspeto de menor, com vista a criar a impressão no consumidor do material de que se representa um menor¹²³. Identicamente, afirma INÊS FERREIRA LEITE, “é necessário que se interprete cuidadosamente a expressão realista cabendo aqui apenas a utilização de maiores com aparência de menores e a pornografia virtual que seja apta a convencer um observador médio (...) que pode tratar-se de um verdadeiro menor e já não a pornografia meramente virtual que assenta em banda desenhada”¹²⁴.

Por sua vez, MARIA JOÃO ANTUNES e CLÁUDIA SANTOS, qualificam como materiais pornográficos com representação realista de menor aqueles que, apesar

¹²² José Mouraz Lopes, “Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal”, 2008, pág. 157. Este autor ainda cita Giovanni Cocco: “Só se justifica uma tutela penal tão ampla quando esteja em causa menores de carne e osso.”

¹²³ Paulo Pinto de Albuquerque, “Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, 2010, pág. 488 e Celestino Quemba, “Crime Continuado, a problemática dos crimes sexuais”, 2015, pág. 131 e 132. André Lamas Leite em “As alterações de 2015 ao código penal em matéria de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexuais- nótulas esparsas”, in *Julgar*, nº28, 2016, pág. 69 qualifica como “uma espécie de erro propositadamente induzido para satisfazer qualquer tipo de desejo de cariz sexual”.

¹²⁴ Inês Ferreira Leite em “Tutela penal da liberdade sexual”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 2011, pág. 59 e “Pedofilia - Repercussões nas novas formas de criminalidade na teoria geral da infração”, 2004, pág. 63

de fruto da tecnologia gráfica e da imaginação do autor, resultam em parte de imagens ou partes de imagens de menores de 18 anos de idade¹²⁵. Também, a DESCISÃO-QUADRO 2004/68/JAI qualificou como representação realista de menor, “imagens realistas de crianças não existentes envolvidas nos comportamentos referidos na subalínea i)¹²⁶ ou entregando-se aos mesmos”, art.º 1º, al. b) iii).

No entanto, o diploma citado, atribuiu aos Estados-Membros a possibilidade de “isentar de responsabilidade criminal os comportamentos associados à pornografia infantil”, que envolvam pessoas reais com aspeto de crianças, caso a pessoa que aparenta ser uma criança tenha efetivamente 18 anos de idade ou mais na altura em que a imagem foi produzida; que envolvam crianças reais ou pessoas reais com aspeto de crianças nos casos de produção e posse de imagens de crianças que tenham alcançado a maioridade sexual, se essas imagens forem produzidas e possuídas com o consentimento das crianças e unicamente para seu uso pessoal; que envolvam imagens realistas de crianças não existentes, se se provar que o produtor produz e possui o material pornográfico unicamente para seu uso pessoal¹²⁷. Note-se que a decisão aponta para diferentes graus de desenvolvimento da personalidade do menor apelando ao critério da maioridade sexual e define como criança qualquer pessoa com menos de 18 anos de idade.

A questão que se coloca é se estas incriminações (als. c) e d) do nº1 e nº4) abrangem exclusivamente a denominada pedopornografia virtual ou também a pedopornografia aparente. Antes de mais, estamos perante material pornográfico que não envolve ou não envolve diretamente menores com existência real. A pedopornografia virtual, pode ser total quando se traduza em produções pornográficas em que os supostos menores participantes são pura criação da tecnologia gráfica (imagens de geração computacional) ou parcial, quando o são pelo menos em parte, através de imagens que juntam imagens ou parte de imagens de menores com criações de técnica gráfica. Assim, a primeira consiste em imagens realistas de crianças não existentes, enquanto que a segunda baseia-se em imagens realistas de menor. Por outro

¹²⁵ Maria João Antunes e Cláudia Santos, “Comentário Conimbricense ao Código Penal”, anotação ao art.º 176º, 2012, pág. 883 a 885

¹²⁶ Comportamentos sexualmente explícitos, incluindo a exibição lasciva dos seus órgãos genitais ou partes púbicas.

¹²⁷ Correspondente ao art.º 3º/2 da Decisão-Quadro 2004/68/JAI

lado, a pedopornografia aparente consiste em materiais pornográficos que representem visualmente pessoas reais com aspeto de crianças, ou seja, trata-se de produção pornográfica com participação de adultos que, pelos seus traços físicos ou caracterização, aparentam ser menores¹²⁸.

JOSÉ MOURAZ LOPES e ANA RITA ALFAIATE entendem que esta incriminação só abrange a pedopornografia virtual¹²⁹ mas, PAULO PINTO de ALBUQUERQUE, defende que abrange também a pedopornografia aparente¹³⁰. As autoras MARIA JOÃO ANTUNES e CLÁUDIA SANTOS, consideram que não é criminalizado por este artigo a pedopornografia totalmente virtual, isto é, aquela que é “puro fruto da tecnologia gráfica e da imaginação do seu autor¹³¹”, ou seja, as condutas tipificadas na al. d) do n.º1 e do n.º4, supõem que o agente adquiriu ou deteve os materiais pornográficos com representação realista do menor, com o propósito de os distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder, de tal modo, que ficou então por criminalizar o comportamento de quem adquirir ou detiver esses materiais sem aqueles propósitos e ainda o comportamento daquele que adquire ou detém materiais pornográficos aparentes ou totalmente virtuais com aqueles propósitos¹³².

ANA RITA ALFAIATE, entende que o que se está aqui a proteger é a moral e desse modo, só descriminalizando a conduta se reporão os fundamentos de intervenção do direito penal. “(...) por um lado, a pornografia virtual não pode confundir-se com qualquer abuso, utilização, exploração ou coisificação de um menor, e, por outro lado, ainda que possa afirmar-se que a proliferação dessa pornografia desencadeará, em processos de imitação patológica, episódios de verdadeiro crime sexual contra menores, o nexo causal das condutas seria tão indireto e circunstancial que a prova estaria condenada”¹³³. No mesmo sentido, ANDREIA

¹²⁸ Pedro Soares de Albergaria/ Pedro Mendes Lima, “O crime de detenção de pseudopornografia infantil- evolução ou involução?”, in *Julgar*, n.º12, 2010, pág. 214

¹²⁹ José Mouraz Lopes, “Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal”, 2008, pág. 156, Ana Rita Alfaiate, “A relevância penal da sexualidade dos menores”, 2009, pág. 120

¹³⁰ Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2010, pág. 552

¹³¹ Maria João Antunes e Cláudia Santos, “Comentário Conimbricense ao Código Penal”, anotação ao art.º 176º, 2012, pág. 883 a 885

¹³² Maria João Antunes, “Crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual dos menores”, in *Julgar*, n.º12, 2010, pág. 156 e 157

¹³³ Ana Rita Alfaiate, “A relevância penal da sexualidade dos menores”, 2009, pág. 121 a 123

ALMEIDA, “porque desligadas do bem jurídico da liberdade e autodeterminação sexual de menor, sendo inclusivamente difícil de identificar um bem jurídico digno de tutela penal, circunstâncias que levam alguns autores a afirmarem um retorno de um direito penal sexual tutelar da moral e dos bons costumes”¹³⁴. Contrariamente, INÊS FERREIRA LEITE, entende que deve manter-se a incriminação, por duas razões: uma prende-se com a dificuldade de prova da idade dos intervenientes no material pornográfico e com a possibilidade de se invocar o *in dubio pro reo* quando não se consiga provar a idade concreta dos visados; a outra diz respeito ao papel da pedopornografia nos processos causais de diminuição das resistências do menor face à prática abusiva de atos sexuais, ou seja, face a situações de grooming. O que aqui está em causa é a perigosidade latente deste material pela aptidão que o mesmo tem para convencer outros menores a aceitarem ou a não oporem resistência à prática abusiva de atos sexuais¹³⁵. De igual modo, PEDRO VAZ PATTO, considera que a ordem jurídico-penal comporta os crimes de perigo-abstrato e que, por isso, será legítima a criminalização da pornografia infantil virtual atendendo ao perigo de a divulgação e consumo desse material servir para estimular e facilitar a prática de crimes sexuais contra crianças e que nesse aspeto, a pornografia infantil virtual, em nada se distingue da pornografia real¹³⁶.

Contraopondo estas opiniões, PEDRO SOARES de ALBERGARIA e PEDRO MENDES LIMA, argumentam que nem a ultrapassagem de contingências probatórias, nem o potencial de estímulo à lesão de menores, nem o emprego eventual para sedução deles e nem a destruição do mercado podem constituir fundamento material suficiente e direto da incriminação¹³⁷.

¹³⁴ Andreia Almeida, “A relevância processual dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menores”, FDUNL, 2013, pág. 20, Maria João Antunes, “Crimes contra menores: incriminações para além da liberdade e da autodeterminação sexual”, in BFDUC, vol.81, 2005, pág. 66

¹³⁵ Inês Ferreira Leite em “Tutela penal da liberdade sexual”, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, 2011, pág. 54 a 58

¹³⁶ Pedro Vaz Patto, “Pornografia infantil virtual”, in Julgar Set- Dez, 2010, pág. 191

¹³⁷ Pedro Soares de Albergaria/ Pedro Mendes Lima, “O crime de detenção de pseudopornografia infantil- evolução ou involução?”, in Julgar, n.º12, 2010, pág. 215

Surge assim a seguinte questão: será a incriminação da pornografia de menores com imagens realistas de menores um verdadeiro limite à liberdade de criação artística? É isso que cabe analisar antes de tomar uma posição concreta.

b) A arte, a pornografia de menores e a liberdade de criação artística

A barreira entre arte e pornografia de menores é um tema muito controverso. Definir a arte não é difícil, qualificar um quadro numa exposição como arte é básico, no entanto a dúvida aparece em situações que muitos qualificam como pornografia de menores, porque associam à adjetivação de obsceno. Será verdadeiramente pornografia, ou terá uma conotação sexual? Qual o limite entre uma e outra?

A arte pode ser interpretada de diversas formas. Para PLATÃO arte significava a aparência da realidade, enquanto que ARISTÓTELES defendia que a arte imita a realidade, mas não a reproduz, ou seja, a arte produz algo de novo que não equivale à verdade da natureza, mas corresponde à possibilidade de as coisas serem diferentes do que elas são. Segundo HEGEL, a arte não é nem deve ser entendida como imitação da natureza, porque não é essa a sua função. “A obra artística atende a um interesse particular e exterioriza um conteúdo particular do homem que a interioriza. A arte é o meio pelo qual o artista exterioriza o que ele mesmo é”¹³⁸. A arte é o despertar de sentimentos, o sentimento do belo da alma do artista, mas nem por isso pode estar dissociada da realidade.

Mais recentemente, EDUARDO FERREIRA, vem defendendo a interpretação do conceito de arte como um conceito em sentido formal enquanto meio de desenvolvimento e afirmação da personalidade, devendo o intérprete centrar-se em dois vetores: no processo autoexpressivo do sentir do autor e na qualificação dos significantes que separam o artista de outras formas de expressão tais como, da linguagem coloquial, técnica ou científica¹³⁹.

Na verdade, a arte é liberdade e nesse sentido ao artista não pode ser negada essa liberdade enquanto pressuposto de criatividade e inspiração, sob pena de se estar a restringir o seu direito à liberdade de criação. Deste modo, deve ser entendida num conceito amplo com as seguintes características: criação humana; expressão

¹³⁸ Júlia Silva, “O conceito de liberdade artística à luz da Constituição Portuguesa de 1976”, dissertação de mestrado em ciências jurídico-políticas, FDL, 2008-2009, pág. 47 e 48

¹³⁹ Eduardo Ferreira, “Liberdade de criação artística, liberdade de expressão e sentimentos religiosos”, 2001, pág. 256 e 257

essencialmente espiritual; com dimensão estática e progressiva, fundamental e livre enquanto criação; valorada e autónoma, descaracterizada de funções políticas, sociais ou económicas¹⁴⁰.

Ao artista deve ser assegurado o direito à liberdade de expressar os seus pensamentos, os seus sentimentos, a sua experiência ou o seu conhecimento, porque a arte, mais do que tudo isto, é uma forma de linguagem relacionada com a liberdade de criação de algo novo, sem padrões ou limites pré-determinados e associados aos princípios da dignidade da pessoa humana e do livre desenvolvimento da personalidade¹⁴¹. Só assim, se pode libertar o artista de incertezas sobre a licitude da sua conduta e da dependência relativamente à qualidade da sua criação, nomeadamente, se é arte ou obsceno.

Já a contraposição entre arte e pornografia surge, na medida em que possa ser caracterizada como obscena, contra o pudor público ou ofensiva a direitos inerentes ao ser humano.

O STJ definiu a pornografia em sentido clássico, como um ato sexual chocante, aberrante, praticado em condições profundamente dissociadas do que é usual e conhecido, sem que se confunda com o mero erotismo e citou ainda Eliane Moraes “(...) o erotismo só sugere; a pornografia tudo mostra; do âmbito da pornografia está excluída uma nudez não apelativa presente por exº nas obras de arte pictóricas, de escultura ou gravuras”¹⁴². Parece que o STJ decidiu excluir a pornografia de menores das formas de liberdade artística por considerar uma nudez apelativa. Diferentemente, decidiu o Tribunal constitucional Federal Alemão, no caso Josefine, ao admitir que a obscenidade possa ser artística, sem prejuízo de dever ser vedada a sua fruição por parte dos menores¹⁴³.

¹⁴⁰ Maria de Sousa Machado, “A liberdade de criação artística e o fomento das artes: reflexão sobre o regime dos subsídios às artes do espetáculo”, dissertação de mestrado em ciências jurídico-políticas, FDL, ano 2004, pág. 42

¹⁴¹ Maria de Sousa Machado, “A liberdade de criação artística e o fomento das artes: reflexão sobre o regime dos subsídios às artes do espetáculo”, dissertação de mestrado em ciências jurídico-políticas, FDL, ano 2004, pág. 44

¹⁴² Ac. STJ, processo nº 4/10.5GBFAR.E1.S1, de 12 de outubro de 2011, relator Armindo Monteiro

¹⁴³ Eduardo Ferreira, “Liberdade de criação artística, liberdade de expressão e sentimentos religiosos”, 2001, pág. 255

BERENGUER, entende que só integra o conceito de material pornográfico, o material que contenha um conteúdo exclusivamente libidinoso, tendente à excitação sexual de forma grosseira, pelo que a mera descrição ou representação de atividades sexuais não se inclui aqui; e a ausência de qualquer valor literário, científico, artístico ou educativo¹⁴⁴. Então, como afirma COSTA ANDRADE, o ponto parece estar na consideração de que “o que possa definir a arte não é tanto o *quê*, quanto e sobretudo *como*”¹⁴⁵, logo a intencionalidade artística do autor e o uso da arte como canal comunicativo definem a intenção da imagem e o seu valor artístico ou não. “Se o objetivo da expressão for tão somente estimular a lascívia e demonstrar algo obsceno, não constitui obra de arte, porque não tem forma de expressão artística nem tem por fim último a produção de uma obra de arte. Essas manifestações, portanto, não estão protegidas pela liberdade artística. (...) No entanto, não podemos negar que uma obra de arte, eventualmente, tenha conteúdo obsceno ou que seja considerada ofensiva por alguns. (...) o conteúdo obsceno, por si só, não descaracteriza a obra de arte. (...) Também não parece razoável entender que o conteúdo obsceno exclua a obra de arte da produção da liberdade artística. Afinal, a arte também cumpre o papel de questionar e criticar a moral sexual e a compreensão da sexualidade.”¹⁴⁶

Por pornografia, deverá entender-se toda a representação ou descrição de atividades sexuais, sem um contexto científico, que seja objetivamente adequada à provocação ou excitação sexual. De uma forma geral, “a pedopornografia tem sido entendida como qualquer representação, por qualquer meio, de uma criança no desempenho de atividades sexuais explícitas reais ou simuladas ou qualquer representação dos órgãos sexuais de uma criança para fins predominantemente sexuais”¹⁴⁷. Sempre que, por meio de material artístico (ex: banda desenhada), não esteja figurada uma criança real ou a representação dos órgãos sexuais não tenha um fim predominantemente sexual, é legítimo afirmar não ser um caso de pornografia de

¹⁴⁴ Citado por Inês Ferreira Leite, “Pedofilia - Repercussões nas novas formas de criminalidade na teoria geral da infração”, 2004, pág. 53

¹⁴⁵ Manuel da Costa Andrade, “Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal. Uma perspetiva jurídico-criminal”, 1996, pág. 159

¹⁴⁶ Júlia Silva, “O conceito de liberdade artística à luz da Constituição Portuguesa de 1976”, dissertação de mestrado em ciências jurídico-políticas, FDL, 2008-2009, pág. 86

¹⁴⁷ Neste sentido, Inês Ferreira Leite, “Pedofilia - Repercussões nas novas formas de criminalidade na teoria geral da infração”, 2004, pág. 54

menores, mas sim de criação artística. NIGEL Warburton defende que “(...) os artistas devem estar imunes à censura por causa da seriedade das suas tentativas de abordar a condição humana e por causa das qualidades literárias de interpretação de acontecimentos que tornam complexa a experiência dessas obras (...) os artistas devem ser livres de desafiar tudo o que desejarem desafiar e exprimirem-se de qualquer modo que achem apropriado, com ou sem mestria artística. (...) a arte, pela sua própria natureza é uma área de atividade humana que coloca desafios sérios e importantes à opinião estabelecida. As restrições à liberdade artística são, nesta perspectiva, particularmente perniciosas porque limitam a criatividade das mesmas pessoas que mantêm a nossa cultura viva, auto-reflexiva e autocrítica.”¹⁴⁸

Afirmo, assim, que a arte é um direito inerente ao artista. É através daquela que este se expressa e explora a sua individualidade. Como tal, este direito é tutelado pelo art.º 42º da CRP que protege o direito à liberdade de criação artística, inserido no capítulo dos direitos, liberdades e garantias. Nesta medida, a Constituição visa proteger a liberdade de criação intelectual artística, o direito à invenção, produção e divulgação da obra enquanto resultado dessa criação e como forma de não deixar escapar o exercício do intelecto ainda que, em determinados casos se possa considerar duvidoso o seu carácter artístico.

Nos termos do art.º 18º nº1 da CRP, a liberdade de criação artística impõe ao Estado e aos particulares, em certa medida, a abstenção de ingerir ou amputar a esfera de autodeterminação do criador artístico e ainda reclama aos poderes públicos, a atuação de fomento à criação da arte. Posto isto, cabe ao Estado remover os obstáculos que possam restringir ou enfraquecer a criatividade dos artistas e a livre determinação do resultado da sua atividade, contra efeitos discriminatórios de apreciações não artísticas da obra de arte¹⁴⁹ e recai ainda sobre este o dever de não recorrer à arte como instrumento propício a fins políticos de propaganda e promoção do governo.

¹⁴⁸ Nigel Warburton, “Liberdade de expressão, uma breve introdução”, 2015, pág. 86 a 91

¹⁴⁹ Eduardo Ferreira, “Liberdade de criação artística, liberdade de expressão e sentimentos religiosos”, 2001, pág. 249 a 252 e Júlia Silva, “O conceito de liberdade artística à luz da Constituição Portuguesa de 1976”, dissertação de mestrado em ciências jurídico-políticas, FDL, 2008-2009, pág. 61

Também o art.º 43º n.º2 da CRP, veda ao Estado, a possibilidade de programar a cultura segundo diretrizes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas. Nesse sentido, a arte enquanto elemento integrante da cultura não pode ser programada, ou seja, há um dever de neutralidade do Estado em matéria estética ou artística¹⁵⁰. Mais uma vez afirma NIGEL Warburton que “O Estado deveria ser neutro entre ideias concorrentes; de contrário, uma forma de censura limitará, para desvantagem de todos, o que entra no mercado de ideias. Ao governo diz somente respeito se a expressão causa ou instiga, ou não, danos reais a outras pessoas.”¹⁵¹

Concluindo, não deve à priori o Estado limitar a liberdade de criação artística nas situações do 176º n.º4 do CP, pois toda e qualquer restrição deve ser analisada no caso concreto e ponderada segundo o princípio da proporcionalidade como veremos agora.

¹⁵⁰ Neste sentido, Júlia Silva, “O conceito de liberdade artística à luz da Constituição Portuguesa de 1976”, dissertação de mestrado em ciências jurídico-políticas, FDL, 2008-2009, pág. 97 e 98

¹⁵¹ Niguel Warburton, “Liberdade de expressão, uma breve introdução”, 2015, pág. 76

c) Restrição do direito à liberdade de criação artística mediante colisão de direitos. Breve análise.

Vimos que, nem todas as imagens, onde se expresse o nu ou o sexo podem ser consideradas material pornográfico. Dependendo da conotação que lhes são atribuídas, algumas delas são consideradas arte e nessa medida o artista é protegido pelo direito de liberdade de criação artística enquanto direito fundamental, mas noutras é considerado material pornográfico e nesse sentido não carece de proteção constitucional de tal modo que o CP assume a punição dessa conduta. No entanto, os casos aqui em análise são os de representação realista de menores onde, em algumas situações, a arte nem deriva de imagens reais de menores, mas sim da imaginação, sendo assim duvidoso justificar que o direito à liberdade de criação artística seja restringido devido a imagens onde não existe verdadeiramente um menor que seja lesado no seu BJ.

No Estado de Direito Democrático, o direito penal, devido aos altos custos e violência que representa, só se justifica quando exista verdadeiramente uma lesão ou pelo menos um efetivo perigo de lesão ao BJ que constitui o centro de interesse da norma penal, portanto, sem uma concreta ofensa ao BJ não há ou não deverá haver crime.

O direito à liberdade de expressão, é um direito constitucionalmente consagrado no art.º 37º da CRP, integrando o catálogo dos direitos, liberdades e garantias e onde atribui a todos “o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, (...) sem impedimentos nem discriminações. O exercício destes direitos não pode ser impedido ou limitado por qualquer tipo ou forma de censura.” Portanto, este artigo prevê o direito à liberdade de expressão com um âmbito extremamente amplo onde se integra a liberdade de criação artística, liberdade esta que pode ser colocada em causa com a norma do art.º 176º nº4 que criminaliza as imagens, filmes ou gravações com imagens realistas de menores.

É claro que, apesar de a CRP proteger o direito à liberdade artística, sujeita-o a certos limites, considerados implícitos devendo, neste sentido, a liberdade ser ponderada com outras liberdades ou direitos fundamentais que possam estar em colisão. Não estamos perante um direito fundamental máximo, e como tal, este pode sofrer restrições quando esteja em colisão com outros direitos fundamentais superiores, os conhecidos trunfos contra a maioria.

De acordo com o art.º 18º n.º2 da CRP, a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, mas associa também estas restrições à “salvaguarda de outros direitos e interesses constitucionalmente protegidos”¹⁵², ou seja, todas as restrições devem estar expressamente ou implicitamente na CRP e qualquer lei restritiva da liberdade artística deve ser baseada em outros direitos, interesses ou valores constitucionalmente protegidos. O art.º 42º da CRP é omissivo em relação à lei aplicação da lei penal, no entanto, enquadrando-se esta liberdade no âmbito da liberdade de expressão, em último caso, vigora o n.º3 do art.º 37º, que estipula a submissão de infrações cometidas no exercício destes direitos aos princípios gerais de direito criminal, logo, o art.º 18º n.º2, através do critério da necessidade ou carência de tutela penal, condiciona intervenção do direito penal como *ultima ratio*¹⁵³. Além disso, qualquer restrição está sujeita à aplicação de certos princípios como o princípio da proporcionalidade ou proibição do excesso e dos seus subprincípios: adequação/ idoneidade, necessidade e justa medida.

Escrevem JORGE CANOTILHO e VITAL MOREIRA que, “o princípio da proporcionalidade (também chamado princípio da proibição do excesso) desdobra-se em três subprincípios: (a) princípio da adequação (também designado de princípio da

¹⁵² Jorge Miranda, “Manual de Direito Constitucional Tomo IV”, ano 2008, pág. 367

¹⁵³ “Entende-se que as sanções penais só se justificam quando forem necessárias, isto é, indispensáveis tanto na sua existência como na sua medida, à conservação e à paz da sociedade civil. (...) As sanções penais são detestáveis e, portanto, de restringir. (...) A noção de Estado de direito em sentido material desemboca assim no princípio da necessidade ou máxima restrição das sanções penais”, in “A lei Penal na Constituição. (...) A criminologia tem sobejamente comprovado que a maior eficácia da pena vem de se aliar à sanção social da reprovação do criminoso, que sabe que o crime é causa da desonra e infâmia aos olhos dos outros (...) o direito criminal só deve abranger aqueles factos que a moral social censura fortemente e evitar uma proliferação de castigos de pequenas faltas que «toda a gente» comete e por isso mesmo não envolvem particular censura.”, José de Sousa Brito, 1978, pág. 197 a 228

idoneidade), isto é, as medidas restritivas legalmente previstas devem revelar-se como meio adequado para a prossecução dos fins visados pela lei (salvaguarda de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos); (b) princípio da exigibilidade (também chamado de princípio da necessidade ou da indispensabilidade), ou seja, as medidas restritivas previstas na lei devem revelar-se necessárias (tornaram-se exigíveis), porque os fins visados pela lei não podiam ser obtidos por outros meios menos onerosos para os direitos, liberdades e garantias; (c) princípio da proporcionalidade em sentido restrito, que significa que os meios legais restritivos e os fins obtidos devem situar-se “numa justa medida”, impedindo-se a adoção de medidas legais restritivas, desproporcionadas, excessivas, em relação aos fins obtidos”¹⁵⁴.

Serve este artigo de mecanismo de controlo do Estado na restrição dos direitos fundamentais de cada um, sendo que, qualquer restrição só é constitucionalmente legítima quando se verifique cumulativamente os seguintes requisitos: permissão pela CRP dessa restrição seja explícita ou implicitamente, que vise salvaguardar outro direito ou interesse constitucionalmente protegido e por fim, que a mesma se limite à medida do necessário para alcançar esse objetivo.

A título exemplificativo, podemos evidenciar alguns direitos que restringem a liberdade de criação artística. São eles, a dignidade da pessoa humana, prevista no art.º 1º da CRP como valor básico e primordial da República Portuguesa, o livre desenvolvimento da personalidade, titulado pelo art.º 26º ou ainda o direito à infância e à juventude, art.º 69º e 70º, todos da CRP. A criança usada para produção de imagens, filmes ou espetáculos pornográficos vê, certamente, não só o seu livre desenvolvimento comprometido, como é afetada a sua dignidade, mesmo que não tenha consciência do ato que pratica. Há sempre a possibilidade de serem opostas restrições e limitações à divulgação da obra para proteção de crianças e adolescentes, como potenciais destinatários, em nome do seu desenvolvimento integral (69º nº1

¹⁵⁴ Jorge Canotilho e Vital Moreira, “Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I”, 2007 pág. 392 e 393

CRP)¹⁵⁵. Portanto, a obra de arte que atente gravemente estes direitos não está protegida pelo direito à liberdade artística.

Outros fundamentos usados para restringir a liberdade artística do autor, é a moral ou a ordem pública. Sendo que, em muitos casos, a arte pretende questionar a moral e os bons costumes e qualquer restrição a que a liberdade artística esteja sujeita deve ser muito bem ponderada segundo os princípios supramencionados.

Estou de acordo com JÚLIA SILVA, quando afirma que a obscenidade, inerente a materiais pornográficos, tal como outras formas de expressão possam ser consideradas ofensivas à moral pública e aos bons costumes, mas não estão excluídas do âmbito de proteção da liberdade de criação artística. No entanto, pode a sua divulgação estar sujeita a algumas restrições de modo a que a obra só seja exposta a pessoas que optem por vê-la¹⁵⁶. Por sua vez, MARIA de SOUSA MACHADO, entende que “A cláusula civil dos bons costumes não parece encontrar amparo constitucional suficiente para restrições, a menos que se trate de proteger a infância ou a juventude (69º/1), o que, de todo o modo, não abre as portas a restrições absolutas, infieis ao princípio da proporcionalidade (...) corre-se o risco de incorrer numa ditadura axiológica, assente numa definição heterónoma e hierarquizada de valores, em clara distorção dos propósitos constitucionais.”¹⁵⁷

¹⁵⁵ Neste sentido, Eduardo Ferreira, “Liberdade de criação artística, liberdade de expressão e sentimentos religiosos”, 2001, pág. 272

¹⁵⁶ Júlia Silva, “O conceito de liberdade artística à luz da Constituição Portuguesa de 1976”, dissertação de mestrado em ciências jurídico-políticas, FDL, 2008-2009, pág. 85 e 86

¹⁵⁷ Maria de Sousa Machado, “A liberdade de criação artística e o fomento das artes: reflexão sobre o regime dos subsídios às artes do espetáculo”, dissertação de mestrado em ciências jurídico-políticas, FDL, ano 2004, pág. 241

d) Posição adotada

Defendi anteriormente que, a posse ou detenção de material pornográfico infantil para “autoconsumo”, não deve ser punido pelo CP e, nessa medida, ainda menos quando naquele material esteja em causa a representação realista de menor, mesmo que aparente ou virtual. O nº4 do art.º 176º prevê a criminalização de um crime sem vítima onde o legislador alinhou numa lógica de tolerância zero e cedeu ao clima de pânico moral que se tem instalado na sociedade¹⁵⁸.

Nos casos de pedopornografia aparente, se o adulto que aparenta ser menor de idade prestou o seu consentimento para participar na produção do material pornográfico, não vejo porque motivo deve o direito penal intervir, exceto quando se demonstre que o consentimento foi viciado ou inválido. Não há aqui, verdadeiramente, um menor que veja a sua liberdade sexual ofendida ou que sinta que esta deva ser protegida, por outras palavras, não existe menor cujo desenvolvimento da personalidade seja afetado em termos sociais e relacionais como em termos psicológicos e morais, por isso se não há menor, não entra no âmbito da incriminação da norma que, na minha opinião, pretende proteger os menores de 18 anos de idade enquanto vítimas e não os consumidores deste material mencionado.

Mais complexos, são os casos de pedopornografia virtual.

Se o material considerado pornográfico deriva da imaginação do artista, estamos perante o direito de liberdade de expressão e de liberdade de criação artística, pelo que qualquer norma que venha a punir essas condutas é inconstitucional. Imagens ou filmes que derivem de produções de criação tecnológica gráfica onde nem sequer existem crianças (pedopornografia virtual total), não ofende o BJ de ninguém, logo não há dúvida que não é uma conduta merecedora de tutela penal. Imagens que derivem da imaginação e que são transpostas para o papel (por exemplo), não merecem tutela penal.

Porém, situação diferente é a da pedopornografia virtual parcial, porque através de montagens de imagens pode eventualmente existir ofensa ao BJ de algum

¹⁵⁸ Pedro Soares de Albergaria/ Pedro Mendes Lima, “O crime de detenção de pseudopornografia infantil- evolução ou involução?”, in *Julgar*, nº12, 2010, pág. 217

menor. Pode, assim, estar em causa dois tipos de condutas: a conduta daquele que descarrega material pornográfico da internet e trabalha-o e a conduta daquele que ajuda na produção do material para mais tarde manipular aquelas imagens através de meio computacional. Simplificando, aquele que descarrega imagens pornográficas da internet e trabalha essas imagens através de programas de montagens com um fim meramente artístico, sem que se consiga identificar uma vítima, não ofende verdadeiramente o BJ do menor porque essa ofensa além de consumada, o que o agente pretende é trabalhar essas imagens atribuindo-lhes uma conotação artística e não sexual.

O mesmo já não se poderá dizer quando seja identificável uma vítima em concreto, ainda que o fim visado seja meramente artístico. Mesmo que os órgãos genitais da imagem não pertençam ao rosto a que estão associados, é legítimo acreditar que aquele corpo pertence efetivamente ao correspondente rosto e a identificação do menor pode prejudicar o seu livre desenvolvimento, ofende o seu BJ e, como tal, deve haver intervenção do direito penal.

Há nesta conduta uma espécie de paralelismo à conduta daquele que carrega no botão de uma máquina de fotografar, porque além do impacto que causará no menor, considero esta conduta como produção de verdadeiro material pornográfico com imagem real de menores, não entrando assim no âmbito das imagens realistas de menor. De igual modo, deve ser interpretada a conduta daquele que acompanha a sessão para posteriormente trabalhar as imagens que daí derivem. Nesta situação, mesmo que não seja identificável uma vítima depois da realização das montagens, o agente ajudou na produção do material durante a sessão, trabalhou na ofensa do BJ e por isso deve ser condenado segundo as regras da participação.

Pelo disposto no ponto b) e c), não há dúvidas que pode existir situações de imagens ou filmes que se apresentem não como material pornográfico, mas sim como material artístico que expressa a sua liberdade de pensamento, de sentimentos, experiências, exceto quando ofende o BJ da vítima ou quando detém uma conotação de tal modo sexual e obscena, pretendendo obter a lascívia, que não visa a arte do sexo como o belo mas sim a excitação sexual única e exclusivamente, sem qualquer finalidade artística, científica ou outra de idêntica relevância. Assim, a arte não deve ser restringida por cânones da moral social ou por ideologias religiosas. “Um dos dogmas do liberalismo é que se o leitor está comprometido com a livre expressão e a tolerância

pela diversidade então não deve censurar qualquer perspetiva somente porque a acha ofensiva, desagradável ou trivial, ou porque discorda dela, ou porque esta lhe é moralmente repugnante. Isso seria ajuizá-la antes de lhe ter sido dada a oportunidade de contribuir para o debate.”¹⁵⁹

Faço minhas as palavras de JOSÉ MOURAZ LOPES, quando afirma que “Não será admissível na representação realista de menor levar a interpretação a áreas expressamente tidas como expressão artística ou que na dúvida, se possa vir a considerar como tal. É o caso, por exemplo, de vários tipos de banda desenhada erótica (...) que são, apenas, formas de expressão artística, não podendo configurar qualquer representação realista do menor para efeitos criminais.”¹⁶⁰

Se questionarmos sobre a punição de pedopornografia aparente ou totalmente virtual, não me parece que sejam condutas merecedoras de tutela penal pelo que já foi descrito. Não estando em causa um menor, não se entende como possam ser ofendidos direitos como o livre desenvolvimento da personalidade, direito à imagem ou à reserva da intimidade da vida privada, máxime a dignidade humana, não há verdadeiramente uma lesão do livre desenvolvimento da personalidade do menor no âmbito da sexualidade, isto é não há uma ofensa à liberdade sexual do menor como BJ. Por não se verificar uma utilização real de menores, a imposição de medidas incriminadoras acarreta, não só, um injustificado como desproporcional limite à liberdade de criação artística. Mais ainda quando a cominação de uma pena privativa da liberdade requer, como contraponto a ofensa de um BJ em medida que possa equivaler à gravidade daquela privação, por isso a imposição de uma pena privativa de liberdade é sempre desproporcional nestes casos.

Parece-me, em jeito de conclusão, que a liberdade de criação artística não pode ser sacrificada em prol de uma conduta onde não é identificável um BJ¹⁶¹. Como afirma JÚLIA SILVA, “É facto que a arte pode conter um distanciamento da realidade, de

¹⁵⁹ Niguel Warburton, “Liberdade de expressão, uma breve introdução”, 2015, pág. 76

¹⁶⁰ José Mouraz Lopes, “Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal”, 2008, pág. 158

¹⁶¹ “Se falta o status real de menor, fica prejudicada a ilicitude da conduta” - Pedro Soares Albergaria e Pedro Mendes Lima, “O crime de detenção de pseudopornografia infantil- evolução ou involução?”, in *Julgar*, nº12, 2010, pág. 218

modo que se torna impossível identificar situações ou pessoas específicas que impeçam a violação de direitos de personalidade.”¹⁶²

Alguns argumentos são apontados no sentido de que imagens deste valor incentivam os consumidores à pedofilia, como se se falasse de um verdadeiro nexo de causalidade entre o consumo e o abuso sexual. A censura de condutas associadas à pedopornografia não pode justificar-se numa presunção de perigo de futuros abusos sexuais, nem se poderá presumir que todos os consumidores são abusadores sexuais. Afirma INÊS FERREIRA LEITE, e bem que “(...) parece-nos que a relação entre estas condutas e o bem jurídico tutelado é tão longínquo que não permite a justificação da punição.”

Desta forma discordo plenamente com a decisão tomada pelo Supremo Tribunal do Canadá, que decidiu-se pela constitucionalidade de normas que criminalizam a pornografia infantil real e virtual, justificando-se que essa pornografia promove uma distorção cognitiva, criando ou reforçando nos seus consumidores a convicção de que são normais as relações sexuais entre adultos e crianças, que essa pornografia provoca fantasias que incitam os agressores à prática de crimes sexuais contra crianças e que essa pornografia é utilizada para seduzir as crianças vítimas e levá-las a aceitar essas condutas abusivas¹⁶³. Desde logo, o CP canadiano define como pornografia todo o material que, de forma predominante e com intenção de provocar estímulo sexual, representa menores envolvidos em atividades sexuais explícitas, ou advoga, induz ou encoraja atividades sexuais de adultos com menores¹⁶⁴, o que não se verifica no CP português e por isso não se pode fazer uma aplicação analógica daquela decisão ao nosso ordenamento jurídico e também não concordo que se atribua um nexo de causalidade entre o consumo de pornografia infantil e a prática de crimes sexuais com crianças¹⁶⁵.

¹⁶² Júlia Silva, “O conceito de liberdade artística à luz da Constituição Portuguesa de 1976”, dissertação de mestrado em ciências jurídico-políticas, FDL, 2008-2009, pág. 88

¹⁶³ Caso R. v. Sharpe, disponível em:

<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1837/index.do>

¹⁶⁴ Pedro Vaz Patto, “Pornografia infantil virtual”, in *Julgar* Set- Dez, 2010, pág. 186

¹⁶⁵ O Supremo Tribunal norte-americano, no caso *Aschcroft et al. v. Free Speech Coalition et. al.* argumentou que o nexo entre a produção e o consumo de pornografia infantil e a prática desses crimes é contingente, indireto e remoto. Também a psicóloga forense do departamento de investigação criminal da polícia judiciária em matéria de criminalidade sexual contra menores esclarece na entrevista prestada à reportagem da SIC “Quebrar-silêncios” que dos vários casos

Por outro lado, estou de pleno acordo com o Tribunal norte-americano, no caso *Aschcroft et al. v. Free Speech Coalition et. al.*¹⁶⁶, que considerou a criminalização da pornografia infantil virtual¹⁶⁷ inconstitucional, por reduzir em medida substancial a liberdade de expressão, quando afirma que não podemos imputar às imagens de pornografia de menores um incentivo à prática de crimes de abuso sexual porque “essa ligação é meramente casual e indireta e que o dano não decorre necessariamente da forma de expressão em causa, a mera tendência de uma forma de expressão para encorajar atos ilícitos não é razão suficiente para a proibir. (...) O Governo não pode suprimir uma forma de expressão lícita como meio para suprimir uma forma de expressão ilícita.”¹⁶⁸. Também o Supremo Tribunal Federal dos EUA respondeu ao Estado da Geórgia no caso *Stanley v. Georgia*, de 1969¹⁶⁹, que “um Estado não tem que dizer a um homem, sentado só na sua própria casa, que livros pode ler ou que filmes pode ver”¹⁷⁰. Em género de comparação, se defendermos que a pornografia com imagens realistas de menores incentiva a prática de abusos sexuais com menores, teríamos que defender que os filmes violentos contribuem para o aumento da violência e assim por diante, o que não parece ser um argumento falível.

Para PEDRO SOARES ALBERGARIA e PEDRO MENDES LIMA, “(...) na medida em que se possam conceber imagens pseudopornográficas de tão sugestiva qualidade que verdadeiramente se confundam com a realidade (...), então, mais caberia, para quem se centre no que realmente importa – impedir a produção de pornografia com utilização de verdadeiros menores – não, castigar a pseudopornografia infantil: facilmente se alcança que nessas condições poucos arriscariam lesar verdadeiros

estudados não há um nexo de causalidade entre o visualisamento de material pornográfico e a prática de abusos sexuais.

¹⁶⁶ Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supct/html/00-795.ZO.html>

¹⁶⁷ A que usa imagens que parecem ser crianças ou dão a impressão de que se trata de crianças. “The statute prohibits, in specific circumstances, possessing or distributing these images, which may be created by using adults who look like minors or by using computer imaging. The new technology, according to Congress, makes it possible to create realistic images of children who do not exist.”

¹⁶⁸ Pedro Vaz Patto, “Pornografia infantil virtual”, in *Julgar* Set- Dez, 2010, pág. 185

¹⁶⁹ Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/394/557/case.html>

¹⁷⁰ Pedro Soares Albergaria e Pedro Mendes Lima, “O crime de detenção de pseudopornografia infantil- evolução ou involução?”, in *Julgar*, nº12, 2010, pág. 218

menores e sujeitar-se às correspondentes penas quando, por meios não puníveis (e não danosos), alcançariam os mesmos fins lucrativos”¹⁷¹.

Assim, este tipo de crime colide com o direito à liberdade de criação artística na medida em que pode abranger representações pictóricas que apenas representem uma forma de expressão. É este o entendimento de JOSÉ MOURAZ LOPES, acrescentando ainda que apesar de existirem formas artísticas que poderão ser chocantes pelo seu conteúdo, tendo em conta determinados padrões de apreciação cultural, tais manifestações não poderão ser consideradas ilícitas e, muito menos, como crime na medida em que não se individualizam concretamente os perigos que daí possam existir para o desenvolvimento das crianças¹⁷². Tal intervenção, teria como fim a defesa de condutas sociais interiorizadas ou sentimentos sociais generalizados pretendendo impedir a difusão dos maus costumes, a corrupção individual ou a decadência social e esses interesses não podem sequer ser qualificáveis como bens jurídicos e, a serem-nos, a tutela penal não pode ir além da proibição da sua exibição a menores. Não pode o legislador agir com base em tendências da sociedade, garantindo a pacificação e convivência da sociedade à custa de restrições injustificadas das liberdades de cada um. Para salvaguardar a liberdade sexual da criança não é necessário uma incriminação tão restritiva da liberdade, pois esse objetivo é conseguido pelas restantes incriminações previstas no 176 CP¹⁷³.

Decidiu o TRE pela “imposição aos pais do dever de «abster-se de divulgar fotografias ou informações que permitam identificar a filha nas redes sociais» mostra-se adequada e proporcional à salvaguarda do direito à reserva da intimidade da vida privada e da protecção dos dados pessoais e, sobretudo, da segurança da menor no Ciberespaço.” Compreende-se bem esta decisão do TRE. A verdade é que, neste caso, existe uma criança real nas imagens que sejam divulgadas, logo há uma lesão ao BJ, violação do direito à imagem e reserva da intimidade da vida privada, direitos esses, constitucionalmente protegidos e por isso concordamos com a decisão do

¹⁷¹ Pedro Soares Albergaria e Pedro Mendes Lima, “O crime de detenção de pseudopornografia infantil- evolução ou involução?”, in *Julgar*, n.º12, 2010, pág. 216

¹⁷² José Mouraz Lopes, “Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal”, 2008, pág. 157

¹⁷³ Neste sentido, Inês Ferreira Leite, “Pedofilia - Repercussões nas novas formas de criminalidade na teoria geral da infração”, 2004, pág. 64

tribunal. Quando na produção de imagens haja crianças lesada, não se vê motivo para relacionar este assunto com a liberdade de criação artística. O mesmo já não faz sentido quando o objeto seja imagens realistas de menores, onde não existe imagens de crianças reais, e por isso mais uma vez, defendo a descriminalização da conduta. A restrição à liberdade de criação artística só se apresenta proporcional, nos termos do princípio da proporcionalidade e seus subprincípios, quando esteja em causa uma conduta ilícita que ofenda a dignidade de uma pessoa humana e real. Portanto, merece sanção penal o material pornográfico com imagens realistas de menor nas situações em que se verifique os seguintes requisitos: imagens com forte possibilidade de identificar um menor real; dominadas por interesses libidinosos; potencialmente ofensivas desviando-se de representações normais do sexo e desprovidas de qualquer valor social e artístico.

“A incriminação de comportamentos ligados à pornografia infantil realista é arbitrária, (...) as imagens em questão não envolvem crianças em processo de produção e (...) estão muito distantes de uma efetiva tutela de menores de carne e osso. O que se observa nessa norma é que a criminalização de tais condutas não é justificável, por não ser o meio absolutamente necessário ou sequer adequado para enfrentar o problema da pornografia infantil e dos seus efeitos.”¹⁷⁴

¹⁷⁴ Luciana Costa, em “A difusão da pornografia infantil pela internet: sentido e limites de uma incriminação”, FDUL, 2005/2006, pág. 66

4. Tipo subjetivo do ilícito

Em relação ao tipo subjetivo, para que o crime esteja preenchido, é necessário que o agente atue na sua conduta com dolo, seja ele direto, necessário ou mesmo eventual¹⁷⁵, relativamente à totalidade dos elementos que constituem o tipo objetivo. Porém, a lei prevê nas situações descritas no n.º 5, que o agente pratica os atos de adquirir, deter, aceder, obter ou facilitar o acesso, *intencionalmente* por sistema informático ou outro meio, logo o legislador ao implementar este número pretendeu afastar o dolo eventual, admitindo apenas que esta modalidade seja cometida com dolo direto ou necessário, nos termos do art.º 14.º/1 e 2 do CP. Então, neste caso, estamos perante um delito de intenção em que esta intenção tem de ser provada para que se preencha o elemento típico¹⁷⁶.

No que concerne ao erro, podemos ter dois tipos de erro: erro sobre o tipo de material pornográfico com representação realista de menor ou erro sobre a idade da vítima. No primeiro caso, temos um erro sobre uma factualidade típica; no segundo caso o erro exclui o dolo e por isso afasta a punibilidade da ação, segundo o art.º 16.º/1 1.ª p do CP. Em concreto, caso o agente pratique o crime com menor de 14 anos acreditando que este possui mais de 14 anos, estamos face a um erro sobre um elemento constante de uma agravação da medida da pena, agravação essa que deriva do 177.º n.º7, trata-se mais uma vez de um erro-ignorância relativo a uma situação fáctica que impõem a agravação típica de uma conduta e ao qual se aplica a mesma solução, isto é, o art.º 16.º/1. No entanto, perante situações de erro sobre a idade da vítima, constatamos que o erro é uma convicção segura do agente que se apercebe falsamente da realidade, mas se a dúvida gerada em torno da idade do menor não for resolvida por desinteresse do agente, que se conforma e aceita como possível tratar-

¹⁷⁵ “Na generalidade das incriminações relativas às agressões sexuais a menores de 14 anos, para que haja imputação subjetiva bastará a existência de dolo eventual.” Inês Ferreira Leite, “Pedofilia - Repercussões nas novas formas de criminalidade na teoria geral da infração”, 2004, pág. 86

¹⁷⁶ André Lamas Leite, “As alterações de 2015 ao código penal em matéria de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexuais- nótuas esparsas”, in *Julgar*, n.º28, 2016, pág. 70

se de uma situação típica, poderá estar em causa um caso de dolo eventual¹⁷⁷. A título exemplificativo, quando o agente acredita que a vítima é maior de idade, o erro exclui a ilicitude e a culpa do agente, deixando a sua conduta de ser punida porque a utilização de maiores de idade para a produção de material pornográfico não é crime, exceto quando se prove o preenchimento de uma situação de dolo eventual, isto é, o agente tem dúvidas sobre a idade real da vítima, mas não procura esclarecer essa dúvida conformando-se com a possibilidade de eventualmente ser menor.

MARIA JOÃO ANTUNES e CLÁUDIA SANTOS, entendem que os casos de detenção ou aquisição de material pornográfico, previstos na al. d) do n.º1, supõem que o agente adotou essas condutas com o propósito de os distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder e como tal trata-se de um elemento subjetivo do tipo que co-determina o desvalor da ação e define a área de tutela típica¹⁷⁸. Não posso concordar com as autoras citadas quando as mesmas supõem que a detenção ou aquisição visa os fins supra descritos. Do meu ponto de vista, e, como já defendido anteriormente, o agente pode deter ou adquirir o material pornográfico tendo como finalidade, única e exclusivamente o autoconsumo do mesmo para satisfação sexual (ainda que sejam situações de alguma raridade), sendo que nestes casos e mais uma vez, até que se prove o propósito de distribuição, importação, exportação, divulgação, exibição ou cedência, não deve ser presumível a existência de dolo por parte do agente.

¹⁷⁷ Inês Ferreira Leite em “Tutela penal da liberdade sexual”, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, 2011, pág. 91

¹⁷⁸ Maria João Antunes e Cláudia Santos, “Comentário Conimbricense ao Código Penal”, anotação ao art.º 176º, 2012, pág. 882

5. Formas do crime

Em relação às formas do crime em causa podemos verificar situações de tentativa, aliciamento, comparticipação ou concurso.

No que respeita à tentativa, o n.º8 estabelece sempre a punibilidade desta, exceto nos casos em que o facto tentado for de aliciamento. Estamos aqui perante uma exceção ao regime que o CP estabeleceu no art.º 23º n.º1¹⁷⁹ para a punibilidade da tentativa, que decorre também da DECISÃO-QUADRO de 2004/68/JAI, tendo na sua origem a necessidade de cobrir na medida do possível, o espectro de grande parte das condutas relacionadas com a pornografia de menores. Por sua vez, a tentativa de aliciamento, é materialmente uma tentativa de tentativa, cuja punição seria desproporcional e excessiva, de tal modo que se impõe ao art.º 176º n.º8 uma interpretação restritiva conforme a CRP no sentido da exclusão da tentativa de aliciamento¹⁸⁰. O art.º 18º n.º 2 da CRP conjugado com o art.º 71º do CP sujeitam a restrição dos direitos, liberdades e garantias do homem ao princípio da proporcionalidade, parecendo assim, desproporcional sujeitar alguém a um processo crime por uma tentativa de aliciamento que nem chega a ser verdadeiramente um perigo de lesão para o BJ.

Sobre o aliciamento, previsto pelas als. a) e b) do n.º1, há uma equiparação típica entre a tentativa e a consumação porque o aliciamento é um ato de execução do tipo objetivo (22º n.º2 al c) convertido em elemento típico, portanto há uma antecipação da tutela que pune um ato de execução já com uma moldura penal prevista para o crime consumado.

Quanto à comparticipação, os crimes em causa são crimes comuns, pelo que aos casos de comparticipação na prática destes crimes é aplicado os arts. º 26º e 27º

¹⁷⁹ Este art.º apenas considera a tentativa punível nos crimes com pena superior a 3 anos de prisão.

¹⁸⁰ Maria João Antunes e Cláudia Santos, “Comentário Conimbricense ao Código Penal”, anotação ao art.º 176º, 2012, pág. 885, Paulo Pinto de Albuquerque, Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 2008, pág. 489 e José Mouraz Lopes, “Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal”, 2008, pág. 159

do CP. O crime de utilização do menor é um crime de comparticipação necessária na modalidade de crime de encontro, não sendo punível o comparticipante necessário (menor), portador do BJ¹⁸¹.

Outra situação é ainda o concurso. Nos casos de concurso, o agente que produz um filme pornográfico com base em espetáculo pornográfico onde utiliza apenas um menor e posteriormente o distribui, exhibe, cede, exporta (...) esse filme, pratica um só crime de pornografia de menores. Diferentemente, o agente comete tantos crimes quanto o número de menores utilizados na produção do material pornográfico devido à natureza pessoal do crime em causa¹⁸².

Em sentido divergente, ANA PAULA RODRIGUES entende que não obstante as imagens conterem várias vítimas, comete um único crime quem as detém, exhibe ou cede porque o tipo legal visa tutelar bens jurídicos traduzidos no interesse da comunidade em proibir a circulação, comercialização ou transmissão de registos audiovisuais envolvendo crianças com idades inferiores a 18 anos de idade. O problema a resolver é a criminalização do tráfico daquele material pornográfico, baseado num BJ supra individual diverso do da liberdade e autodeterminação sexual das crianças e por isso a autora não aceita que a norma proteja interesses exclusivamente pessoais, com a consequente multiplicação de ilícitos, nos termos do art.º do 30º CP¹⁸³. Não podemos concordar com esta autora. Entendo que o BJ em causa é a liberdade sexual em sentido amplo e nesse sentido inclui-se a autodeterminação sexual do menor. Vimos, também, que a maioria da doutrina defende que o visualisamento deste tipo de material não deve ser punido, levando a concluir que a norma visa proteger os interesses pessoais dos menores em relação à produção de material considerado pornográfico e à posterior divulgação pelos mais variados meios de comunicação do mesmo, logo, não posso concordar com a autora citada.

¹⁸¹ Paulo Pinto de Albuquerque, Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 2008, pág. 489 e Celestino Quemba, “Crime Continuado, a problemática dos crimes sexuais”, 2015, pág. 133

¹⁸² Paulo Pinto de Albuquerque, Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 2008, pág. 489

¹⁸³ Ana Paula Rodrigues, “Pornografia de menores: Novos desafios na investigação e recolha de prova digital”, in Revista do CEJ n.º15, 2011, Pág. 274 e 275

No entanto, pode ainda verificar-se situações de concurso efetivo entre o crime de pornografia de menores e o crime de ofensa à integridade física, simples, qualificada ou grave, sempre que o agente que pratica o crime de pornografia simultaneamente ofende o corpo ou a saúde do menor ou ainda entre o crime de pornografia de menores e o crime de abuso sexual de crianças, como acontece na generalidade dos casos de pornografia de menores em que os menores têm baixa idade.

Por fim, nos termos do art.º 29º n.º3, a lei estabelece que a modalidade de crime continuado “não abrange os crimes praticados contra bens eminentemente pessoais”, logo, não é admissível a modalidade de crime continuado para os casos de pornografia de menores. Devido a esta restrição que a lei impõe, a jurisprudência tem vindo, em alguns casos a aplicar a figura do crime de trato sucessivo, quando exista uma unificação de condutas ilícitas sucessivas, desde que essencialmente homogêneas e temporalmente próximas e quando exista uma só resolução criminosa, desde o início, assumida pelo agente.¹⁸⁴ “O dolo do agente abarca ab initio uma pluralidade de actos sucessivos que ele se dispõe logo a praticar, para tanto preparando as condições da sua realização, estando-se no plano da unidade criminosa. (...). No entanto, diferentemente do que é requerido para a afirmação da figura do crime continuado, não se verifica uma situação exterior que diminua sensivelmente a culpa do agente.”¹⁸⁵

¹⁸⁴ Veja-se por exemplo, o Ac. do STJ, processo nº 1291/10.4JDLSB.S1, de 12 de junho de 2013, relatora Isabel Pais Martins; Ac. TRL, processo nº 3147/08.JFLSB.L1-5, de 15 de dezembro de 2015, relatora Ana Sebastião; Ac. TRE, processo nº 562/11.7TASSB.E1, de 25 de outubro de 2016, relator José Simão.

¹⁸⁵ Retirado do Ac. TRL, processo nº 3147/08.JFLSB.L1-5, de 15 de dezembro de 2015, relatora Ana Sebastião

6. A medida da pena

Em relação à medida da pena, a lei para todas as hipóteses de pornografia de menores prevê a aplicação de uma pena de prisão e entende-se o porquê de assim ser. Estamos perante crimes sexuais contra menores que atentam contra a sua liberdade sexual enquanto BJ, verificando-se ainda, que devido à possibilidade do seu suporte duradouro é um crime que pode atentar da forma gravíssima esse BJ por muitos anos, além do momento em que é produzido.

Também em matéria de medidas de coação, o Tribunal da Relação de Évora, tem seguido o entendimento que a medida mais adequada e proporcional a aplicar é a prisão preventiva. Assim, “Tendo em conta a natureza dos crimes e a relação de parentesco com a vítima (pai/filha), a aplicação da medida de coacção de permanência na habitação, ainda que com vigilância electrónica, não se mostra adequada à prossecução dos fins cautelares [basta pensar que por força da relação de parentesco, em qualquer momento e por qualquer circunstância poder-se-ia potenciar uma proximidade (física) entre o arguido e a vítima], sendo certo, ainda, que não se mostra minimamente adquirido nos autos que o irmão do recorrente/arguido lhe disponibilizasse a habitação, caso ele fosse sujeito à medida de coacção pretendida”¹⁸⁶, “As medidas de coação “detenção na habitação com vigilância eletrónica” e “proibição de utilização de equipamentos informáticos e de acesso à internet”, esta última sem possibilidade de fiscalização e controlo, revelam-se medidas insuficientes para acautelar o perigo de continuação da atividade criminosa relativamente a arguido acusado da autoria de 977 crimes de pornografia de menores cometidos no domicílio, justificando-se a aplicação de prisão preventiva.”¹⁸⁷

Então, se o agente praticar uma das condutas previstas no nº1 do art.º 176º, é-lhe aplicado uma pena de prisão entre 1 mês a 5 anos, se estivermos perante um crime de pornografia de menores qualificado nos termos do nº2, caracterizado pela atividade profissional ou intenção lucrativa, é aplicada uma pena de prisão de 1 a 8 anos mas essa intenção lucrativa respeitar às condutas previstas pelo nº5 e 6, a medida da pena

¹⁸⁶ Processo nº 48/10.PATNV-A.E1, de 13 de agosto de 2010, Relator João Nunes

¹⁸⁷ Processo nº 72/15.3JASTB.E1, de 2 de fevereiro de 2016, Relatora Ana Barata Brito

é reduzida até aos 5 anos de prisão. Por sua vez, se estiver em causa material pornográfico com imagens realistas de menores, ou seja, um crime de pornografia de menores privilegiado (nº4) a pena aplicada é até 2 anos de prisão. No entanto, aquele que utilizar ou aliciar o menor por meio de violência ou ameaça grave pode sofrer uma pena entre 1 a 8 anos de prisão, segundo o nº3.

Estas são as regras gerais, no entanto as penas consoante as circunstâncias podem vir a ser agravadas. É o caso da pena de 1 mês a 5 anos, aplicada aos crimes previstos pelo nº1 do 176º, que pode vir a ser agravada num terço ou em metade nos seus limites mínimos e máximos se a vítima for menor de 16 anos ou de 14 anos para o segundo caso (respetivamente nº 6 e 7 do art.º 177º). Aqui a idade funciona como fator agravante da medida da pena, sendo que a justificação desta agravação centra-se na ideia de especial vulnerabilidade do menor e no maior desvalor do tipo de ilícito. Ao mesmo tempo traduz a ideia de maior proteção em função dos diferentes graus de desenvolvimento da personalidade no âmbito da liberdade sexual, havendo maior agravação se a vítima for menor de 14 anos de idade¹⁸⁸. “A circunstância prevista no n.º 5, do artigo 177.º do Código Penal (ser a vítima menor de 16 anos), constitui uma circunstância modificativa agravante, cuja verificação é automática e objectiva e, não está no critério do julgador fazer operar ou não a agravação da pena em função de tal circunstância, por esta não respeitar à culpa do agente. (...) Como refere o Germano Marques da Silva, Direito Penal Português, II, pág. 134, as circunstâncias “são elementos meramente acessórios, que não integram o crime, mas influem sobre a sua gravidade, deixando inalterada a essência”. São, pois, elementos extrínsecos ao agente e à sua acção, características accidentais que determinam a maior ou menor gravidade do facto.”¹⁸⁹

Outra situação agravante da pena, nos seus limites mínimos e máximos de um terço, são os casos em que entre o agente e a vítima intercede uma relação, relação essa que pode ser familiar (de ascendência ou descendência, adoção ou afim, parentalidade até ao 2º grau do agente), de tutela ou curatela, dependência hierárquica,

¹⁸⁸ Maria João Antunes e Cláudia Santos, “Comentário Conimbricense ao Código Penal”, anotação ao art.º 176º, 2012, pág. 892 e 893

¹⁸⁹ TRE, processo nº 69/11.2TAGLG.E1, de 25 de março de 2014, Relator Fernando Pina

económica ou de trabalho e que o crime tenha sido praticado com o aproveitamento desta relação, conforme dispõe o art.º 177º n.º1 al a) e b). Para que o tipo objetivo se encontre preenchido basta que se verifique a existência daquela relação.

Como PAULO PINTO de ALBUQUERQUE afirma, “as circunstâncias derivadas de relações pessoais entre o agente e a vítima comunicam-se aos participantes que as não possuam mas as conheçam.”¹⁹⁰. Portanto, podemos com toda a certeza concluir que é a existência dessa relação entre o agente e a vítima que provoca um maior desvalor no ilícito porque pode por um lado condicionar o comportamento sexual da vítima e por outro favorecer a atuação do agente que devido a esta relação não acredita na possibilidade de posterior denúncia dos factos, fundamentando assim, a agravação da pena. MOURAZ LOPES, vai mais longe e argumenta que “o fundamento da agravação pode ir buscar-se ao uso e abuso da relação de poder que normalmente existe entre o agente e a vítima e não na proibição de incesto como tal.”¹⁹¹

Nas relações familiares, diferentemente da al. a) do 177º n.º1 onde basta a existência da relação, na al b) do mesmo art.º, o tipo objetivo de ilícito para estar preenchido exige não só que se verifique a relação, como está ainda dependente da conclusão de que o ato sexual foi condicionado pela existência de uma relação familiar de certo tipo, de uma relação equiparada aquela ou de dependência, o que demonstra uma restrição efetiva da liberdade e autodeterminação sexual da vítima.

Também nos casos de participação na prática do crime, a pena sofre uma agravação de um terço (177º n.º 4).

Por fim, o art.º 177º n.º7 determina o regime de absorção agravada, isto é, se no mesmo comportamento ocorrerem mais do que uma destas circunstâncias, para efeito de determinação da pena aplicável, só é considerada a pena que tiver efeito agravante mais forte, sendo as outras valoradas na medida da pena. Esta regra rege-se pelo princípio da exasperação, onde a circunstância mais forte que eleva o limite

¹⁹⁰ Paulo Pinto de Albuquerque, Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 2008, pág. 490

¹⁹¹ José Mouraz Lopes, “Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal”, 2008, pág. 163

Limites à incriminação na Pornografia de Menores:
A tutela da liberdade de criação artística

máximo da moldura, prefere às demais, funcionando as restantes na determinação da pena.

Conclusão

O presente trabalho teve, como objetivo principal, analisar o crime de pornografia de menores e os limites à sua incriminação.

Algumas das questões mais controversas e, por isso, mais aprofundadas neste trabalho dizem respeito à qualificação do bem jurídico merecedor de proteção; à validade do consentimento que o menor possa ter prestado na produção de material pornográfico e conseqüentemente na sua distribuição, exportação, divulgação (...); à despenalização do consumo de pornografia de menores quando se prove que a sua finalidade foi única e exclusivamente para autoconsumo sem qualquer intenção de distribuição, exportação ou divulgação e por fim, a proteção da liberdade de criação artística, enquanto direito constitucionalmente protegido pelo artigo 42º da CRP, quando, no “material pornográfico”, figure imagens realistas de menores, isto é, quando não esteja em causa imagens de crianças reais e por isso não haja violação de um bem jurídico concreto.

Depois de concluir que o código penal evoluiu na matéria de crimes sexuais contra menores deixando para trás a tutela da moral e dos bons costumes, a honestidade e a virgindade, não há dúvida de que a liberdade e a autodeterminação sexual da pessoa constituem agora o enfoque dos crimes contra as pessoas, autonomizando o menor como vítima desses crimes. Posto isto, se o código sofre alterações estruturantes, o bem jurídico também sofre mudanças por influência daquelas alterações, passando a ser considerado por muitos autores como a liberdade de desenvolvimento da personalidade no âmbito da sexualidade ou a autodeterminação do menor.

Na minha opinião, defendi e continuo a defender que estamos perante o bem jurídico liberdade em sentido amplo. Em sentido amplo, porque à vítima não pode ser negada a possibilidade de dispor de forma livre e autêntica o seu corpo e sexo para fins sexuais e também não lhe pode ser negado o direito a não suportar de outrem qualquer intromissão ao nível da realização da sua sexualidade através de atos para os quais não consentiu, devido à sua menoridade. Sem liberdade não existe capacidade

de autodeterminação e, por isso, a defesa da liberdade em sentido amplo como bem jurídico tutela, também, a autodeterminação do menor a dispor da sua sexualidade.

Se ao menor é reconhecida liberdade de se autodeterminar em relação à sua sexualidade, então tem de lhe ser reconhecida capacidade para prestar um consentimento válido e eficaz à prática de atos relacionados com a sexualidade. No entanto, embora o mesmo consinta na prática destes atos, nem sempre justifica o comportamento daquele que auxilia ou o instiga para esse fim, desde logo, porque o menor devido à sua fraca ou mesmo nula capacidade de se auto-sustentar é mais suscetível de ceder a ofertas atrativas, como contrapartidas monetárias ou de outra espécie.

Ora, para efeitos penais, o código considera como maior de idade aquele que possui 18 ou mais anos de idade, mas o artigo 38º nº 3 do CP, faz depender a maioridade para prestar consentimento de dois critérios: ter 16 ou mais anos de idade e discernimento para compreender o sentido e alcance do consentimento que preste, logo não exige os 18 anos. Na sequência do que foi dito, não posso negar a um menor de 15 anos de idade, por exemplo, a possibilidade ou a capacidade de ter discernimento para prestar qualquer tipo de consentimento porque como se viu anteriormente, tudo depende de caso para caso, da maturidade da criança, das experiências ou vivências a que tenha estado sujeito. Compreende-se que os menores de 14 anos não possuem maturidade física e psíquica bastante para se autodeterminarem no âmbito da sua sexualidade, mas mais do que impor limites etários, a validade do consentimento deve pautar-se por alguns pressupostos tais como: vontade livre e espontânea sem que tenha estado sujeita a qualquer espécie de abuso, intimidação ou aproveitamento por parte do autor, e inexistência de uma situação de imparidade ou natural fragilidade da criança.

Resumidamente, para haver acordo, a formação e manifestação da vontade tem de reunir três requisitos: consciência do significado sexual da conduta, capacidade de avaliar a relevância do ato sexual no sentido de que a maturidade exigida terá que ser proporcional à importância do ato sexual e por fim inexistência de elementos estranhos no processo de formação da vontade do menor para que se possa determinar a espontaneidade e autenticidade da vontade. Assim, a aceitação do

consentimento do menor em alguns casos exclui a ilicitude da conduta, porque caso contrário estaríamos a restringir injustificadamente a liberdade sexual do menor.

Outra questão importante analisada, foi a detenção e visionamento de material pornográfico para auto-satisfação. Em certa medida concordo que a posse deste tipo de material constitui grande perigo para o bem jurídico do menor, nem que seja no elevado risco de divulgação desse material a terceiros, no entanto não podemos colocar sobre o direito penal a responsabilidade de orientar o homem na sua sexualidade e na forma como a exerce. Ao direito penal não cabe a função de instrumento de governo da sociedade e por isso não deve intervir na liberdade de auto-satisfação de cada um ainda mais quando a violação do bem jurídico já fora consumada com a produção do dito material.

Claro que existe situações mais complexas onde, além do visionamento online ou do download dá-se, simultaneamente, por parte daquele que assiste uma sugestividade na prática do ato de abuso sexual sobre o menor ou mesmo uma partilha automática do ficheiro descarregado, sendo que nesses casos a posição a tomar é que o direito penal deve intervir e proteger o bem jurídico em perigo porque aí sim, mais do que o visionamento ou download existe por parte do autor uma conduta de participação ainda que indireta na prática do crime ou de divulgação, respetivamente primeiro e segundo casos enunciados. Vimos, também, que o direito penal não deve insistir em proibições absolutas sob pena de falhar na sua prevenção geral e na sua função pedagógica, o que leva a concluir que, apenas nos casos em que se consiga provar que eventualmente o download teve como posterior distribuição, exportação, divulgação, exibição ou cedência ou quando o visualizador dá ordens ao abusador do tipo de imagens que pretende ver, estamos perante o âmbito da norma do 176º CP. Fora destas situações, não podemos presumir que exista um nexo de causalidade entre o consumo e o estímulo à prática de atos lesivos.

Concluí, ainda, que quando o agente pratica uma das condutas descritas no nº1 do artigo 176º, profissionalmente ou com intenção lucrativa, pratica um crime de pornografia de menores qualificado, no entanto, se no material produzido estiver em causa imagens com representação realista de menor, o crime deixa de ser qualificado e passa a privilegiado.

Ao falar de imagens com representação realista de menor, falamos de imagens que não envolvem ou não envolvem diretamente menores com existência real. Podemos ter situações de pedopornografia virtual, total ou parcial e pedopornografia aparente. Ficou claro que, a primeira, traduz-se em produções pornográficas onde as imagens de menores são pura criação da tecnologia gráfica, sendo parcial, quando haja imagens realistas de menores que se baseiam na imagem real do menor. Já a pedopornografia aparente representa visualmente pessoas reais, isto é, adultos que aparentam serem crianças.

Deste modo, só nas situações de pedopornografia virtual parcial é que poderá existir a violação do bem jurídico e, nessa medida, apenas nesses casos é que ao autor pode ser restringido o seu direito à liberdade de criação artística. Sempre que, por meio de material pornográfico não esteja figurada uma criança real ou a representação dos órgãos sexuais não tem como fim predominante atingir a sexualidade, mas sim o belo do corpo, a sua leveza, é legítimo afirmar tratar-se de criação artística.

Ao artista deve ser assegurado o direito à liberdade de expressar os seus pensamentos, os seus sentimentos, a sua experiência ou o seu conhecimento, porque a arte, mais do que tudo isto, é uma forma de linguagem relacionada com a liberdade de criação de algo novo, sem padrões ou limites pré-determinados e associados aos princípios da dignidade da pessoa humana e do livre desenvolvimento da personalidade. Só assim, se pode libertar o artista de incertezas sobre a licitude da sua conduta e da dependência relativamente à qualidade da sua criação, nomeadamente, se é arte ou obsceno.

Portanto, merece sanção penal o material pornográfico com imagens realistas de menor nas situações em que se verifique os seguintes requisitos: imagens com forte possibilidade de identificar um menor real; dominadas por interesses libidinosos; potencialmente ofensivas desviando-se de representações normais do sexo e desprovidas de qualquer valor social e artístico. Fora dessas situações, não se pode aplicar o artigo 18º n.º 2 da CRP para restringir o direito à liberdade de criação artística, direito esse, constitucionalmente consagrado no artigo 42º da mesma, sob pena de se estar a violar o princípio da proporcionalidade.

Bibliografia

A) Livros e Monografias

- ALBERGARIA, Pedro Soares/ LIMA, Pedro Mendes, “*O crime de detenção de pseudopornografia infantil – evolução ou involução?*”, in Revista Julgar, nº12, Coimbra, Set-Dez 2010
- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, “*Comentário do Código Penal, à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*”, Universidade Católica Portuguesa, 2008
- ALFAIATE, Ana Rita, “*A relevância penal da sexualidade dos menores*”, Coimbra, 2009
- ALMEIDA, Andreia, “*A relevância processual dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menores*”, Dissertação de mestrado, FDUNL, Lisboa, 2013
- ANDRADE, Manuel da Costa, “*Consentimento e Acordo em Direito Penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*”, Coimbra, 1991
- “*Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal. Uma perspetiva jurídico-criminal*”, Coimbra, 1996
- ANTUNES, Maria João, “*Crimes contra menores: Incriminações para além da liberdade e da autodeterminação sexual*”, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra nº81, Coimbra, 2005
- “*Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte especial, Tomo I*”, 2ª edição, Coimbra, 2012

- BELEZA, Teresa Pizarro “*Sem sombra do pecado: o repensar dos crimes sexuais na revisão do código penal*”, Jornadas de Direito Criminal – Revisão do Código Penal, Vol. I, CEJ, Lisboa, 1996
 - “*A revisão da Parte Especial na reforma do Código Penal: legitimação, reequilíbrio, privatização e individualismo*”, in Jornadas sobre a revisão do Código Penal, Lisboa, 1998
 - “O conceito legal de violação”, in Revista do MP, ano 15, nº59, 1994
- CANOTILHO, Jorge/ MOREIRA, Vital, “*Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. P*”, Coimbra, 20007
- COSTA, Luciana, “*A convenção sobre o cibercrime e a incriminação da pornografia infantil*”, Lisboa, 2006
 - “*A difusão de pornografia infantil pela internet: sentido e limites de uma incriminação*”, Dissertação de mestrado em ciências jurídico-criminais, FDUL, Lisboa, 2005-2006
- CUNHA, Maria da Conceição, “*Breve reflexão acerca do tratamento jurídico-penal do incesto*”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, nº3, Porto, 2002
- DIAS, Jorge Figueiredo, “*Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte especial, Tomo I*”, 2ª edição, Coimbra, 1999 e 2012
- DIAS, Maria do Carmo, “*Repercussões da lei nº 59-2007, de 4-9 nos crimes contra a liberdade sexual*”, in Revista do CEJ, nº8, Lisboa, 2008
- DUQUE, Jorge Reis, “*Prevenção e investigação do crime de pornografia de menores*”, Dissertação de mestrado em Ciências Jurídico-Criminais, FDUL, Lisboa, 2009
- FERREIRA, Eduardo, “*Liberdade de criação artística, liberdade de expressão e sentimentos religiosos*”, in Revista da FDUL Vol. 42, nº1, Lisboa, 2001

- GUERRA, Paulo, “*Abuso sexual de menores. Uma conversa sobre Justiça e o Direito e a Psicologia*”, Coimbra, 2002
- LEAL-HENRIQUES, Manuel/ SANTOS, Manuel Simas, “*Código Penal Anotado: referências doutrinárias, indicações legislativas, resenha jurisprudencial*”, Vol. II, Lisboa, 2000
- LEITE, André Lamas, “*As alterações de 2015 ao código penal em matéria de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexuais-nótulas esparsas*”, Revista Julgar, nº28, Coimbra, Jan-Abril 2016
- LEITE, Inês Ferreira, “*Pedofilia- Repercussões nas novas formas de criminalidade na teoria geral da infração*”, Coimbra, 2004
- “*Tutela penal da liberdade sexual*”, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra, 2011
- LOPES, José Mouraz, “*Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal*”, Coimbra, 2008
- MACHADO, Maria Cristina, “*A liberdade de criação artística e o fomento das artes: reflexão sobre o regime dos subsídios às artes do espetáculo*”, Dissertação de mestrado em ciências jurídico-políticas, FDUL, Lisboa, 2003
- MAGRIÇO, Manuel Eduardo, “*A exploração sexual de crianças no ciberespaço*”, 2014
- MIRANDA, Jorge, “*Manual de Direito Constitucional, Tomo IV*”, Coimbra, 2008
- PACHECO, Maria Beatriz, “*O crime de atos sexuais com adolescentes, reflexões críticas em torno do conceito de abuso de inexperience da vítima*”, Dissertação de mestrado em Direito Criminal, FDUCP, Porto, 2012

- PATTO, Pedro Vaz, “*Direito Penal e ética sexual*”, in *Direito e Justiça*, Vol. XV, Tomo 2, Lisboa, 2001
- “*Pornografia infantil virtual*”, in *Revista Julgar*, nº12, Coimbra Set-Dez 2010
- PEREIRA, Rui, “*Liberdade sexual: a tutela na reforma do Código Penal*”, in *Sub Júdice – Justiça e Sociedade*, nº11, Lisboa, 1996
- QUEMBA, Celestino, “*Crime continuado, a problemática dos crimes sexuais*”, Lisboa, 2015
- RODRIGUES, Ana Paula, “*Pornografia de menores: Novos desafios na investigação e recolha de prova digital*”, in *Revista do CEJ*, nº 15, Lisboa, 2011
- RODRIGUES, Benjamim, “*Direito Penal, Parte Especial, Tomo I, Direito Penal Informático-Digital*”, Coimbra, 2009
- SANTOS, Ana Isabel, “*Grooming sexual online de crianças*”, Dissertação de mestrado em ciências jurídico-forenses, FDUL, Lisboa, 2012
- SANTOS, Cláudia, “*Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte especial, Tomo I*”, 2ª edição, Coimbra, 2012
- SILVA, Júlia Alexim, “*O conceito de liberdade artística à luz da constituição portuguesa de 1976*”, Dissertação de mestrado em ciências jurídico-políticas, FDUL, Lisboa, 2008/2009
- SOUSA BRITO, José de, “*A lei penal na Constituição*”, Lisboa, 1978
- Warburton, Nigel, “*Liberdade de expressão. Uma breve introdução*”, Lisboa, 2015

B) Documentos On-line:

- ANTUNES, Maria João, “*Crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual dos menores*”, in Revista Julgar, nº12, 2010, disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2015/10/153-161-Crimes-contra-a-liberdade-e-a-autodetermina%C3%A7%C3%A3o-sexual-dos-menores.pdf> (Consultado a 5 de dezembro de 2016)
- CABRAL, Jorge de Almeida, “*Abuso sexual de crianças, Pornografia infantil*”, Centro Português de Investigação em História e Trabalho Social, Portugal, 2003, disponível em: <http://www.cpihts.com/PDF02/Jorge%20Cabral.pdf> (Consultado de 13 de Janeiro de 2017)
- Convenção dos Direitos das Crianças de 1989, disponível em: http://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf (Consultado a 28 de dezembro de 2016)
- Convenção do Conselho da Europa para a Proteção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais, disponível em: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168046e1d8> (Consultado a 28 de dezembro de 2016)
- Convenção sobre o Cibercrime, de 23 de novembro de 2001 (STE 185), disponível em: http://www.dgpi.mj.pt/sections/relacoesinternacionais/copy_of_anexos/convencao-sobre-o/ (Consultado a 28 de dezembro de 2016)
- DIAS, Jorge Figueiredo, - “*Lei Criminal e controlo da criminalidade. O processo legal-social de criminalização e descriminalização*”, in ROA, ano 36, 1976, disponível em: <https://portal.oa.pt/upl/%7B90967109-c9db-49f0-a3a2e52fce39f970%7D.pdf> (Consultado a 5 de dezembro de 2016)

- Decisão-Quadro 2004/68 JAI do Conselho, de 22 de dezembro de 2003, disponível em:
http://www.dgpi.mj.pt/sections/relacoesinternacionais/anexos/200468jaidecisao/downloadFile/file/DQ_2004.68.JAI_Exploracao_sexual_de_crianças.pdf?nocache=1199981526.14 (Consultado a 28 de dezembro de 2016)
- Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo à Venda de Crianças, Prostituição Infantil e Pornografia Infantil, disponível em:
<http://www.gddc.pt/direitoshumanos/textosinternacionaisdh/tidhuniversais/protocolocrian%E7as2.html> (Consultado a 28 de dezembro de 2016)
- Reportagem “Quebra Silêncios”, emitida pela SIC Notícias, disponível em:
<http://sicnoticias.sapo.pt/pais/2016-11-15-Reportagem-Especial-sobre-abusos-sexuais-a-crianças-e-adolescentes> (Consultado a 15 de novembro de 2016)

C) Jurisprudência portuguesa:

- Ac. do Supremo Tribunal de Justiça, processo nº 4/10.5GBFAR.E1.S1, de 12 de outubro de 201, Relator Armindo Monteiro
- Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República, nº I000711999, de 7 de janeiro de 2000, Relator Alberto Oliveira
- Ac. do Tribunal da Relação de Évora, processo nº 524/13.0JDLSB.E1, de 17 de março de 2015, Relator, Carlos Berguet
- Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República, nº P000621995, de 31 de maio de 2001, Relator Luís da Silveira

- Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra, processo nº 347/08.8JACBR.C1, de 2 de abril de 2014, Relator Belmiro Andrade
- Ac. do Tribunal Constitucional, nº 426/91, Relator Conselheiro Sousa e Brito
- Ac. do Supremo Tribunal de Justiça, processo nº 1291/10.4JDLSB.S1, de 12 de junho de 2013, Relatora Isabel Martins
- Ac. do Supremo Tribunal de Justiça, processo nº 1287/08.6JDLSB.L1.S1, de 12 de novembro de 2014, Relator Santos Cabral
- Ac. do Tribunal Constitucional, nº 144/2004, de 10 de março de 2004, Relatora, Maria Fernanda Palma
- Ac. do Supremo Tribunal de Justiça, processo nº 45/13.0JASTB.L1.S1, de 22 de abril de 2015, Relator Sousa Fonte
- Ac. do Tribunal da Relação de Évora, processo nº 48/10.7PATNV-A.E1, de 13 de agosto de 2010, Relator João Nunes
- Ac. do Tribunal da Relação de Évora, processo nº 87/10.8GGODM.E1, de 12 de julho de 2016, Relator António João Latas
- Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, processo nº 3147/08. JFLSB. L1-5, de 15 de dezembro de 2015, Relatora Ana Sebastião
- Ac. do Tribunal da Relação do Porto, processo nº 4190/11.9TAGDM.P1 de 3 de dezembro de 2014, Relator Artur Oliveira
- Ac. do Tribunal da Relação de Évora, processo nº 72/15.3JASTB.E1, de 2 de fevereiro de 2016, Relatora Ana Barata Brito

- Ac. do Tribunal da Relação de Évora, processo nº 562/11.7TASSB.E1, de 25 de outubro de 2016, Relator José Simão

D) Jurisprudência estrangeira:

- Supreme Court of Canada, “R. v. Sharpe”, de 26 de janeiro de 2001 disponível em: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1837/index.do>
- Supreme Court of the United States, “Aschcroft et al. v. Free Speech Coalition et. al.”, de 16 de abril de 2002, disponível em:
<https://www.law.cornell.edu/supct/html/00-795.ZO.html>
- Supreme Court of the United States, “Stanley v. Georgia, de 1969”, de 7 de abril de 1969, disponível em:
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/394/557/case.html>

Índice

Agradecimentos.....	v
Menções iniciais	vi
Abreviaturas.....	vii
Resumo/ Abstract	viii
 Introdução	 11
I. Evolução do Código Penal em matéria de crimes sexuais contra menores e o surgimento do crime de pornografia de menores	14
II. Pornografia de menores: art.º 176º CP.....	19
1. O conceito de pornografia infantil.....	19
2. O bem jurídico.....	21
3. Tipo objetivo do ilícito.....	30
3.1 O autor e a vítima	30
3.2 Condutas que integram o tipo.....	32
3.3 A validade do consentimento prestado pelo menor	38
3.4 A detenção e o visionamento de material pornográfico para autoconsumo	45
3.5 Pornografia de menores qualificada	57
3.6 Pornografia de menores privilegiada ou liberdade de criação artística?	59
a) Definição do conceito representação realista do menor e o âmbito de incriminação do 176º n.º4	59
b) A arte, a pornografia de menores e a liberdade de criação artística	64

c) Restrição do direito à liberdade de criação artística mediante colisão de direitos. Breve análise.....	69
d) Posição adotada.....	73
4. Tipo subjetivo do ilícito	80
5. Formas do crime	82
6. A medida da pena	85
Conclusão.....	89
 Bibliografia.....	 93
A) Livros e Monografias	93
B) Documentos On-line:	97
C) Jurisprudência portuguesa:	98
D) Jurisprudência estrangeira:.....	100